J. germ.
40
y-1

J. germ.
40 y - 1

Dreves

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Abhandlungen

aus dem hamburgischen

Erbrechte

von

Lebrecht Dreves.

Erster Band:

Das Recht der Erbgüter.

Mehr nicht erschienen.

Hamburg:

Verlag und Druck von Nobiling & Heidrich.

1844.

22-/Bg.

Das heutige

Recht der Erbgüter

in seiner Beziehung zur

Testamentifactio.

Eine Abhandlung
aus dem hamburgischen Erbrechte

von

Lebrecht Dreves.

Hamburg:
Verlag und Druck von Nobiling & Heidrich.

1844.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Zur Veröffentlichung der in den nachfolgenden Blättern dem juristischen Publicum sich darbietenden Abhandlung, die, hervorgegangen aus der allmähligen Erweiterung eines kurzen, lediglich zur eigenen Orientirung entworfenen Abrisses, ursprünglich durchaus nicht für den Druck bestimmt war, entschloß ich mich in der Voraussetzung, deshalb nicht des Uebermuthes bezüchtigt zu werden. Denn so fernab mir auch der Gedanke liegt, mit diesem meinem

ersten selbstständig erscheinenden Versuche auf dem Gebiete des vaterstädtischen Rechtes für das durch den Tod gelöste Versprechen des seligen Cropp, das hamburgische Erbgüterrecht einer Bearbeitung seiner Feder zu unterziehen*), einen Ersatz bieten zu können, so glaube ich doch nicht geirrt zu haben, wenn ich in dem Umstande, daß bisher kein Befähigterer sich des verwaisten Themas angenommen, eine gewisse Rechtfertigung für die Herausgabe meiner Arbeit zu erblicken meinte. Denn selbst die einem Bedürfnisse nur unvollkommen geleistete Abhülfe ist vielleicht so lange keine unwillkommene, als sie nicht durch eine gediegenere in den Schatten gestellt wird.

Ob nun diese Voraussetzung auf einer Täuschung beruht habe oder nicht, darüber wird mich vielleicht gelegentlich ein Recensent aufzuklären suchen, bis jetzt aber hat mir das Be-

---

*) Siehe die „juristischen Abhandlungen" Band II. S. 503, Note 131.

wußtsein eines redlichen, keiner Schwierigkeit aus dem Wege gehenden Strebens einiger Maßen über den Mangel jener Zuversichtlichkeit, die, bei der Unzuverläſsigkeit jeder Selbstkritik, nur durch den bereits erprobten Erfolg eigener gleichartiger Arbeiten gewonnen wird, hinwegzuhelfen vermogt.

Im Übrigen habe ich nur Weniges zu erinnern.

Hinsichtlich der Begrenzung meines Themas hoffe ich keinem Tadel zu unterliegen. Denn so wenig ich auch zwischen Theorie und Praxis eine Scheidewand anerkennen mögte, scheint es mir doch, als ob das Studium des Praktikers insoweit von dem des Theoretikers abweichen müsse, als letzteres auch ein blos historisches sein kann, während ersteres dagegen vorzugsweise den Standpunkt des gegenwärtigen Rechtszustandes im Auge zu behalten nicht unterlassen darf. Von dieser Ansicht ausgehend, schien mir aber eine rein antiquarische Behandlung des

Themas, wie sie das lübische Erbgüterrecht in Pauli's trefflicher Abhandlung erfahren, meinen Zwecken entfernter zu liegen, und zwar um so mehr, als für das historische Recht unserer Vaterstadt bereits ein besonderer Verein in seiner juristischen Section thätig ist. Deshalb habe ich mir denn, wie schon der Titel andeutet, lediglich eine Darstellung des heutigen Erbgüterrechts zur Aufgabe genommen, ohne jedoch darum, wie sich wohl von selbst versteht, die älteren Stadtrechte auch da, wo diese zur Erläuterung des gegenwärtigen dienen konnten, bei Seite liegen zu lassen. Denn eine Rechtsmaterie ohne alle historische Auffassung ihres Stoffes behandeln zu wollen, wird heut zu Tage wohl schwerlich noch Jemandem in den Sinn kommen.

Was ich mir aber vorzugsweise angelegen sein ließ, ist: die im Allgemeinen gewonnenen Grundprincipien im Einzelnen so viel wie möglich consequent durchzuführen. Wenn mir dies

jedoch nur theilweise gelungen, so bitte ich, die Schuld davon weniger mir, als der Principlosigkeit einer früheren Praxis beizumessen, durch die es allein möglich werden konnte, die hier behandelte Lehre zu einer der confusesten und schwierigsten des ganzen topischen Rechts zu machen. Die Belege hiezu sind in meiner Arbeit selbst zu finden, als deren Resultat ich überhaupt die Ueberzeugung aussprechen mögte, daß der Legislation, falls sie sich einmal dieser Materie annehmen sollte, nur zwischen zweien Wegen die Wahl bliebe, entweder dem ganzen Institute eine neue zeitgemäße Gestalt zu geben, oder auch es gänzlich der Rechts-Geschichte anheim fallen zu lassen. Was hier das richtigere wäre, wage ich nicht zu beurtheilen, doch stand, wie es mir scheint, diese Frage schon damals zur Entscheidung, als man sich genöthigt sah, das alte Inhibitions-Recht, das eigentlich Characteristische des ganzen Instituts, aufzugeben. Denn von diesem Wendepunkt

an hat letzteres sich nur mühsam und kränkelnd bis auf die Gegenwart fortgeschleppt, in der es denn in der That schwer fällt, auch nur wenige Punkte hervorzuheben, die nicht controvers wären.

Schließlich füge ich noch die Bitte hinzu, die durch den Doppeltitel angedeutete Aussicht auf Fortsetzung der begonnenen Reihe von Abhandlungen nicht für ein Gelübde zu nehmen, weil ich dieses zu halten vielleicht nicht im Stande wäre. Der Keim ist freilich in den schon vor längerer Zeit vollendeten Vorarbeiten zu einem zweiten und theilweise auch zu einem dritten Bande vorhanden, aber wenn aller Sonnenschein ausbleibt, wird er nicht aufzugehen vermögen.

D. Dr.

Hamburg, gen Ostern 1844.

Inhalts-Übersicht.

	Seite
Einleitung (§. 1—2)	3 bis 14
Erstes Capitel: Allgemeine Erörterungen:	
I.) Ursprung und Fortbildung des Rechtes der Erbgüter (§. 3)	15 — 33
II.) Was ist nach heutigem Rechte Erbgut? (§. 4)	33 — 58
III.) Wem muß es hinterlassen werden? (§. 5)	59 — 75
IV.) Wie muß es hinterlassen werden?	
1) Ab intestato (§. 6)	76 — 82
2) In der Quantität, wie es beim Tode des Testators vorhanden (§. 7) . .	82 — 93
3) Mit Angabe seines Betrages (§. 8) .	94 — 102
Zweites Capitel: Ausnahmsfälle, in denen das Recht auf Succession in die Erbgüter ganz oder theilweise wegfällt:	
I.) Durch renuntiative Erbverträge	
A) Als Hauptverträge	
1) Durch Erbverzicht (§. 9) . . .	103 — 112
2) Durch Abfindungsvertrag (§. 10)	112 — 125
B) Als Nebenvertrag zu einem Ehezärter (§. 11)	125 — 132

Seite

II.) Durch Legate zu Gunsten frommer Stiftungen (§. 12) . . . . 132 bis 138

III.) Im Retorsionsfalle (§. 13) . . . . . 138 — 141

IV.) Im Enterbungsfalle

A) Wann ist eine Enterbung vom Erbgute zulässig? und zwar:

1) eine exheredatio puniendi causa

a) Erörterung der einzelnen Fälle

a) Ausschließung der Ehefrau von der Statutarportion (§. 14) 142 — 151

b) Enterbung in Folge einer Entführung (§. 15) . . 151 — 154

b) Welche Umstände machen eine exheredatio puniendi causa vom Erbgute unzulässig und unwirksam? (§. 16) . . . . . . 154 — 158

2) eine exheredatio bona mente (§. 17) 158 — 164

B) Sind die zur Enterbung vom Erbgute berechtigenden Fälle analogisch auszudehnen? (§. 18) . . . . 165 — 168

C) Giebt eine Enterbung vom Erbgute dem Testator das Recht, über die dadurch ausfallende Erbgutsportion letztwillig zu verfügen? (§. 19) . . . . 168 — 174

Schlußbemerkungen (§. 20) . . . . . 175 — 187

Das Recht der Erbgüter.

Is habent von aldere an unsich gebrach
Unse guten vorevaren.

Vorwort z. Sachs.-Sp.

Einleitung.

§. 1.

Es ist bereits von einem ausgezeichneten Kenner unseres nationalen Rechtes gelegentlich darauf hingedeutet worden [1]), wie segensreich die Recipirung des römischen für Deutschland hätte werden können, wäre aus ihr eine gleiche, zu einem neuen organischen Ganzen sich bildende Verschmelzung der Tiefe und Fülle des germanischen Lebens mit der Klarheit und Schärfe der antiken Welt, wie sie uns heut zu Tage auf anderen Gebieten der Wissenschaft und Kunst entgegentritt, hervorgegangen. Allein es ist bekannt genug, wie jene Reception eine, von der Erreichung dieses Zieles, dem sich jedoch der gegenwärtige Stand der Rechtswissenschaft allmählig zu nähern beginnt, völlig verschiedene Folge gehabt, indem sie lediglich dazu gedient, auf der einen Seite das bis dahin im Bewußtsein Aller lebende Volksrecht der Deutschen zu einem gelehrten Rechte und somit zum alleinigen Eigenthum der Juristen zu machen,

[1]) Beseler: Über die Stellung des römischen Rechtes zum nationalen Recht der germanischen Völker. S. 11—13.

auf der anderen Seite dagegen durch die unwissenschaftliche Vermengung durchaus verschiedener, weil auf ganz heterogenen Principien basirter Normen eine, wie in die meisten nach jener Zeit entstandenen ältern Territorialrechte, so auch in unser Statut von 1603 übergegangene Verwirrung hervorzurufen, die uns, was das vaterstädtische Recht betrifft, nirgends mit grelleren Farben, als gerade im neuesten statutarischen Erbrechte entgegentritt. Beim Studium des letztern erscheint es daher vor allen Dingen nothwendig, nicht blos alle Materien rein germanischer Abstammung genau von denen, welche römischen Ursprungs sind, zu trennen, sondern sich auch vornämlich eine klare Anschauung darüber zu verschaffen, in welchen obersten und leitenden Grundsätzen hier das deutsche, d. h. das vorzugsweise die Intestatsuccession begünstigende Familien-Princip, dort das, diesem durchaus contraire, auf die Idee der freien, selbst über den Tod hinausreichenden Dispositionsbefugniß des Individuums gebaute römische Princip den Sieg davongetragen.

Ersteres ist nun, und zwar auf eine besonders entschiedene Weise, bei dem in der nachfolgenden Abhandlung ausschließlich in Betracht zu ziehenden Rechte der Erbgüter der Fall. Bevor ich jedoch zu dieser eigentlichen Aufgabe der vorliegenden Arbeit selbst übergehe, will ich im folgenden Paragraphen, namentlich in Rücksicht darauf, daß es in meiner Absicht liegt, später noch einige andere Erörterungen aus dem hamburgischen Erbrechte folgen zu lassen,

eine Zusammenstellung der hauptsächlichsten principiellen Abweichungen unseres heutigen topischen Erbrechtes vom römischen, wie solche oben angedeutet ward, zu geben versuchen [2]), die ich daher als allgemeine Einleitung nicht blos zu der gegenwärtigen, sondern auch zu den etwa folgenden Abhandlungen zu betrachten bitte, und durch welche, wie ich hoffe, die Darstellungen selbst um ein Merkliches vereinfacht werden sollen.

§. 2.

Fragen wir zunächst nach der Bedeutung des Wortes „Erbe", so sind wir sogleich auf eine merkwürdige Combination geführt, indem unser statutarisches Recht einerseits den deutschen Begriff beibehalten, andererseits nichtsdestoweniger eine sich gerade auf den abweichenden römischen Begriff basirende Lehre recipirt hat. Das römische Recht sieht nämlich bekanntlich seinen heres als fortgesetzte Persönlichkeit des Erblassers an, läßt ihn daher auch, als gleichmäßig in alle activa und passiva succedirend [1]), persönlich für die Schulden desselben haften, während dagegen das deutsche Recht unter „Erbe" nur den versteht, der so viel vom Nachlasse des Verstorbenen zu sich nimmt, als nach Abzug der Schulden desselben

---

[2]) Dabei lasse ich jedoch die ganz abweichende erbrechtliche Stellung der Ehegatten zu einander, als in die späteren Darstellungen selbst gehörig, hier noch unberührt.

[1]) l. 24. D. de verb. sign. (50. 16) l. 62. D. de reg. jur. (50. 17).

übrigbleibt [2]), daher für letztere den Nachlaß selbst, nie aber den Erben, falls dieser denselben nicht voreilig an sich genommen [3]), haften läßt.

Trotzdem nun, daß auch unser neuestes Statut im Allgemeinen an diesem deutschrechtlichen Begriffe festhält, haben doch die Redactoren desselben das, von Justinian dem heres als Vergünstigung ertheilte Recht, sich durch Errichtung eines Inventars von der persönlichen Haftung zu befreien [4]) aufgenommen [5]), ohne zu bedenken, daß bis dahin die harte Regel, von der nun eine milde Ausnahme verstattet werden sollte, noch gar nicht existirt hatte. Kann man daher mit vollem Rechte sagen: was dem römischen Erben als beneficium gegeben ward, das ist für uns zu einem onus geworden [6]), so muß man, um auf leidliche Weise diesen Widerspruch auszugleichen, den Begriff von beneficium für unsere Rechtsverhältnisse ganz fallen lassen und die Sache so betrachten, als solle der Erbe durch die Errichtung des Inventars nicht

---

[2]) Eichhorn: deutsches Privatrecht §. 332. Mittermaier: deutsches Privatrecht (5te Aufl.) §. 157. Hasse in der Zeitsch. für gesch. Rechtswissenschaft I. S. 36, Note 14. Heise und Cropp: juristische Abhandlungen II. S. 573. Pauli: Abhandlungen aus dem lübischen Rechte III. S. 145. Gries: Commentar zum hamb. Stadtrechte ed. Westphalen II. S. 109, 133.

[3]) Berck: über das bremische Güterrecht §. 11. Pauli l. c. II. S. 230.

[4]) Novelle 1. cap. 2.

[5]) Part. III. Tit. 7. Art. 2—6. Hinsichtlich der heutigen Anwendung vergl. Hasche: hamburg. Privatrecht VII. S. 223—261.

[6]) Gries l. c. II. S. 134. Vergl. auch: Heise und Cropp l. c II. S. 574, Note 250. Pauli l. c. III. S. 150.

etwa eine Last von sich abwälzen, sondern nur zu erkennen geben, daß er sich jeder voreiligen Uebernahme des Nachlasses enthalten wolle, wo er daher die insolvente Erbschaft ohne Weiteres an sich genommen, da solle er, zur Strafe, für die Schulden derselben ex propriis haften.

Eng mit der ebenerwähnten Abweichung hängt die, welche hinsichtlich der Erwerbung und Transmission einer Erbschaft stattfindet, zusammen. Denn während das römische Recht zur Erwerbung einer Erbschaft für alle Personen, mit Ausnahme der sui heredes[7]), eine entweder ausdrückliche (aditio) oder stillschweigende Erklärung (pro herede gestio), die Erbschaft antreten zu wollen, verlangt[8]), war dem älteren deutschen Rechte, nach der Parömie „der Todte erbt dem Lebenden" (le mort saisit le vif[9]), die Nothwendigkeit einer solchen Erklärung völlig unbekannt, vielmehr ließ es die Erbschaft in demselben Momente, in welchem der Erblasser starb, ipso jure in die Gewer des Erben übergehen[10]). Zwar hat sich dies deutschrechtliche Princip, das, wie begreiflich, zugleich eine

---

[7]) §. 2—4 J. de hered. qual. et diff. (2. 19).

[8]) §. 7. J. eod.

[9]) saisir = in die Gewer setzen. Vergl. *Schilter:* exercit. ad Pand. XV. §. 12.

[10]) Sächs. Lehnrecht. 6. Vergl. von Sydow: Darstellung des Erbrechtes nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels. S. 310 u. folg. Albrecht: die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts S. 32. Eichhorn l. c. §. 337. Mittermaier l. c. §. 466. Heise u. Cropp l. c. II. S. 135. Note 25. Pauli l. c. III. S. 131.

abweichende Gestaltung der Transmission bedingt [11]), nach Ausbreitung des römischen Rechts im Allgemeinen in Deutschland geändert [12]), in Hamburg ist es jedoch unverändert stehen geblieben [13]), wie sich dies, mindestens für die Intestaterbfolge, aus dem vom Senate am 15ten März 1752, auf Anhalten der weiland Agathe Junkerin Erben, abgegebenen „Zeugniß, daß kein feierlicher Actus zur Antretung (Erwerbung) einer Erbschaft erforderlich wird" [14]) hinlänglich ergiebt, für beide Successionsarten dagegen in der neuen Falliten-Ordnung [15]) seine Bestätigung findet, die allen Erben ohne Ausnahme auferlegt, sich innerhalb sechs Wochen, von der Zeit, da sie von dem Tode des Erblassers oder von der Anheimfallung (Delation) der Erbschaft benachrichtigt worden [16]) über die Ausschlagung oder Beneficialantretung derselben unter dem erwähnten Präjudize zu erklären.

Die bedeutendste von allen Abweichungen des topischen Erbrechtes vom römischen liegt jedoch in der Unanwendbarkeit des im letztern so tief wurzelnden Satzes: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus

---

[11]) Vergl. Heise u. Cropp II. Abh. 5.

[12]) Mittermaier l. c. S. 1073.

[13]) Gries l. c. II. S. 240. Klefeker: Sammlung hamb. Gesetze IV. S. 556. Pauli l. c. III. S. 131. Mittermaier l. c. §. 466. Note 13.

[14]) Abgedruckt in der Sammlung hamb. Mandate S. 1851.

[15]) Art. 44.

[16]) Art. 38.

decedere potest[17]) auf die einheimische Erbfolge[18]). Es ist leicht erklärlich, wie die römische Ansicht: der Intestaterbe bekommt, der Testator mag nun eine andere Absicht gehabt haben oder nicht, so lange noch ein Testamentserbe da ist, nichts und letzterem wächst deshalb Alles zu, worüber der Testator keine Verfügung traf[19]), bei den Deutschen überhaupt nicht einzudringen vermogte, weil hier der schon erwähnte Contrast in den erbrechtlichen Principien beider Rechte am schreiendsten hervortrat. Wenn sich daher der, schon die Begünstigung der Intestatsuccession hinlänglich bezeichnende Unterschied der Worte, nach welchem unter „Erbe" nur der Intestaterbe verstanden ward, während der, welcher aus einem anderen Grunde, als dem der Blutsverwandtschaft, etwas erhielt, erfgenam (Erbnehmer) hieß, mit der Zeit völlig abschliff, so errang doch die, diesem Wortunterschiede[20]) zum Grunde liegende Idee den Sieg über das entgegenstehende römische Princip, da die Ansicht, daß der „Nehmer" auch das, worüber der Testator, offen-

---

[17]) §. 5 J. de hered. inst. (2. 14). Ausgenommen ist bekanntlich der Fall, wenn ein Soldat, und zwar auf dem Feldzuge, testirt. l. 6 D. de test. mil. (29. 1.) l. 1, l. 17 C. de test. mil. (6, 21). Vergl. Thibaut: civil. Abhandl. VI. S. 65.

[18]) Vergl. Danz: Handbuch des heutigen deutschen Privatrechtes (fortgesetzt von Griesinger) IX. S. 97—103. Mittermaier l. c. S. 996. Stein: gründl. Abhandlung des lüb. Rechts. II. §. 150. Pauli l. c. III. S. 234.

[19]) l. 39. D. de acquir. vel omit. hered. (29. 2).

[20]) In Frankreich hat sich derselbe gewissermaßen erhalten, denn dort heißt noch heute nur der Intestaterbe héritier, der Testamentserbe dagegen legataire universel. Vergl. Code civil Art. 1003.

bar zu Gunsten des „Erben", nicht verfügt hatte, zu sich zu nehmen habe, allzu sehr dem deutschen Geiste widersprach. So hat sich denn, wie in vielen Partikularrechten [21]), auch bei uns die Zulässigkeit doppelter Erbfolge bis auf den heutigen Tag erhalten, welche sogar unter Umständen zur Nothwendigkeit wird, in dem Falle nämlich, wenn der Besitzer von Erbgut über sein wohlgewonnenes Vermögen letztwillig verfügen will [22]). Gleich wie nun, wie oben bemerkt, die Transmission von der Art und Weise, wie eine Erbschaft erworben wird, abhängig ist, so muß auch hier, nach der für uns gültigen Zulässigkeit doppelter Erbfolge, die Lehre vom Accrescenzrecht ebenmäßig modificirt erscheinen, indem letztere, jedoch nur in so weit, als sie für das römische Recht mit Nothwendigkeit aus dem Grundsatze „Nemo pro parte etc." folgt [23]), für unser topisches Erbrecht keine Anwendung findet [24]). Fällt dieselbe daher für den, der titulo universali Etwas aus einem Testamente erhält, gänzlich hinweg, so äußert sie dagegen einerseits bei der Intestatsuccession, und selbst da wo letztere in Verbindung mit der testamentarischen vorkommt [25]), andererseits, zu Folge gesetzlicher Vorschrift, für den Fall, daß mehreren

---

[21]) z. B. preuß. Landrecht I. Tit. 12. §. 45.

[22]) Siehe: §. 5 sub No. II. u. §. 6. Vergl. auch: Danz l. c. S. 101, Note d in fine.

[23]) Vergl. die Glosse zu l. 67 D. (29.2) u. Baumeister: Anwachsungsrecht, S. 111.

[24]) Pauli l. c. III. S. 234. Vergl. dagegen: Mittermaier l. c. S. 1079.

[25]) Siehe: §. 19, Note 2.

Singularsuccessoren eine Sache gemeinsam vermacht ist[26]), regelmäßig ihre Wirkung.

Gegen diese der römischen Rechtsregel durchaus widersprechende Begünstigung der Intestaterbfolge bildet gewisser Maßen auf der anderen Seite die Nichtanwendung der Eingangsworte des §. 34 J. de leg. (2. 20)[27]) auf irgend eine Art letztwilliger Verfügungen[28]) ein Gegengewicht, das freilich nicht absichtlich und mit Bewußtsein hergestellt, vielmehr lediglich gleichfalls aus der Perhorrescirung eines künstlichen Rechtes, d. h. aus der Idee, es habe wie dort, so auch hier der Wille des Testators allein zu entscheiden, hervorgegangen ist. Wenn daher in der obigen Institutionenstelle die heredis institutio als die Hauptsache bei jedem Testamente, ohne welche letzteres nicht bestehen könne, geschildert wird, so spricht sich, in Uebereinstimmung mit einer, nach Ausbreitung der Testamente entstandenen allgemeinen deutschen Ansicht[29]), unser Statut[30]), wenn auch etwas schief, dahin aus, daß, wiewohl das gemeine

---

[26]) Part. III. Tit. 2. Art. 14. Vergl. Pauli l. c. III. S.300—306.

[27]) testamenta *vim ex institutione heredum accipiunt*, et ob id veluti *caput atque fundamentum* intelligitur totius testamenti heredis institutio.

[28]) Vergl. *Tresenreuter:* num hered. institutio caput sit et fundamentum testamenti. Altd. 1759. *Lindenberg:* de testam. et leg. sec. jus Lubecense. §. 16. Danz l. c. IX. p. 103. Pauli l. c. III. 230—33.

[29]) *Heineccius:* Elem. jur. Germ. Lib. II. §. 181, 188, 208.

[30]) Part. III. Tit. 1. Art. 22. (NB. In der Folge werde ich einen Artikel aus diesem ersten Titel des dritten Theils der Kürze wegen immer nur mit h. t. [hoc titulo] citiren).

Recht die Erbeseinsetzung für ein Hauptstück (veluti caput atque fundamentum) halte, doch nichtsdestoweniger auch diejenigen letztwilligen Verfügungen, in denen kein Erbe benannt sei, bei uns gültig sein sollen. Wenn nun diese Vorschrift nicht so verstanden werden darf, als hätten die Gesetzgeber nie etwas von Codicillen, deren sie doch an einer anderen Stelle ausdrücklich Erwähnung thun, gehört, ständen daher im Wahne, nach römischem Rechte sei keine letztwillige Verfügung ohne heredis institutio gültig, so ist die ganze Vorschrift wohl einfach dahin zu verstehen: in Hamburg soll der Unterschied, den das römische Recht zwischen Testamenten und Codicillen macht, in Bezug auf die Erbeseinsetzung keine Anwendung finden [31]), durch welche Bestimmung denn zugleich die Codicillar-Klausel, in so weit sie nicht blos einen Formfehler ausgleichen soll, für uns als überflüssig hinwegfällt [32]).

Endlich ist noch in der Kürze der Erbverträge zu gedenken. Das römische Recht verbietet bekanntlich, als contra bonos mores [33]), d. h. als gegen die römischrechtliche libertas testamenti faciendi verstoßend [34]), alle universellen pacta hereditaria und erlaubt von den speciellen nur die donatio mortis causa,

---

[31]) Gries l. c. II. S. 196.

[32]) Pauli l. c. III. S. 233.

[33]) l. 61 D. de V. O. (45. 1) l. 4 C. de inut. stip. (8. 39).

[34]) denn aus diesem Grunde ist die Erstreckung jeder societas über den Tod des einen socius hinaus verboten. l. 52. §. 9. D. pro socio (17. 2).

welches Verbot wohl weniger in der Furcht vor Lebensnachstellungen [35]), als in der Idee, ein Privatvertrag könne nicht die, eine Personeneinheit zwischen Erblasser und Erben erzeugende Wirkung des Gesetzes haben, seinen Grund findet. Wie wenig nun dieses Verbot, dessen Motiv, bei der ganz verschiedenen Stellung des deutschen Erben, für uns gar nicht existirt, mit dem ganzen Geiste des germanischen Rechts harmoniren konnte, wird schon dadurch begreiflich, daß gerade die frühesten letztwilligen Verfügungen der Deutschen in einer Art von Erbvertrag, den s. g. Vergabungen auf den Todesfall [36]), bestanden, deren Festhaltung gerade im topischen Recht bis in das neueste Statut reicht [37]). So sehr daher auch die Romanisten anfänglich bemüht waren, dem römischrechtlichen Verbote Gültigkeit zu verschaffen, sahen sie sich doch bald durch die festgewurzelte Sitte genöthigt, eine Beschränkung desselben anzunehmen, aus welcher denn in neuester Zeit die Anerkennung der gemeinrechtlichen Gültigkeit aller Erbverträge hervorgegangen ist. Für das vaterstädtische Recht stellt nun zwar Gries [38]) die Behauptung auf, es seien bei uns Erbverträge, zufolge der Schlußklausel des neuesten Statuts, die im eventuellen Falle auf das römische Recht verweist [39]), mit Ausnahme der gesetzlich sanctionirten

---

[35]) Vergl. *Leyser:* Med. ad Pand. Sp. 43. Med. 1 et 2.

[36]) Siehe §. 3.

[37]) Art. 18. h. t.

[38]) l. c. II. S. 32 u. 33. Es ist dies die Ansicht von *Cocceji:* jus civil. contr. lib. 11. tit. 14 qu. 34 et 35.

[39]) Allein es wird auch nicht minder auf die älteren Stadt-

Ehezärter[40]) ungültig; allein sind denn das unter Eheleuten verstattete Zusammengeben der Güter[41]) so wie die Einkindschaften[42]) etwas anderes als Erbverträge[43]), und sind diese nicht ebenso, wie außerdem pacta renunciativa[44]), ausdrücklich gebilligt? Wo daher, wie bei uns, Erbverträge so sehr mit dem ganzen Erbrechte selbst verwachsen sind, da ist es wohl am wenigsten thunlich, der älteren Ansicht treubleibend, das römische Verbot als oberste Regel hinzustellen, und nur da, wo ausdrückliche Gesetze widersprechen, eine Ausnahme zuzulassen, vielmehr zwingt Alles dazu, als oberstes Princip die Gültigkeit der Erbverträge anzuerkennen und von demselben nur dann und nur so weit abzugehen, als Landesgesetze das Gegentheil bestimmen sollten[45]), wovon jedoch im vaterstädtischen Recht auch nicht die leiseste Spur zu finden ist.

---

rechte verwiesen, wenn die Vorrede als Zweck der Arbeit bezeichnet: „solche alte Statuta . . . in eine verständliche Richtung zu bringen."

[40]) Part. II. Tit. 11. Art. 11.

[41]) Art. 18. h. t.

[42]) Vormundschafts-Ordnung von 1831 Art. 32—34.

[43]) Einige zählen auch, wiewohl mit Unrecht, die Abschichtungen der Kinder früherer Ehen zu den Erbverträgen. Vergl. §. 10 sub No. II.

[44]) Vergl. §. 9—11.

[45]) Mittermaier l. c. S. 1041. Eichhorn l. c. §. 341. Beseler: die Lehre von den Erbverträgen. II. S. 171. Selbst die Romanisten erkennen für das heutige Recht die Gültigkeit der Erbverträge an, so Thibaut: System des Pandektenrechts §. 678. Mühlenbruch zu Glück's Commentar XXXVIII. S. 58—117 und Francke: Notherbenrecht S. 218.

Erstes Capitel.

Allgemeine Erörterungen.

---

§. 3.

I. Ursprung und Fortbildung des Rechtes der Erbgüter.

Wie sich fast überall aus dem frühesten, gänzlich ungeregelten Zustande eines Volkes zuerst die Intestat-Erbfolge, als die natürlichere, entwickelt, die durch letztwillige Dispositionen erzeugte dagegen, weil sie immer schon einen gewissen Grad von Cultur voraussetzt, bis zur Erreichung desselben vorbehalten bleibt [1]), so war auch, in Folge eines gleichen Bildungsganges, den ältesten Deutschen höchst wahrscheinlich früher die Intestatsuccession als Verfügungen auf den Todesfall bekannt [2]). Ob jedoch diese gänzliche

---

[1]) Danz l. c. IX. §. 678.

[2]) Daß ein gewisser Grad physischer Kraft erforderlich sei, um über das Seine nicht blos factisch sondern auch rechtlich disponiren zu können, ist eine, bei einem unverfeinerten, dabei thatkräftigen

Unbekanntschaft mit Allem, wodurch eine völlige oder theilweise Abweichung vom gesetzlichen Erbgange bezweckt wird, noch bis in das Zeitalter des Tacitus, dem oft citirten Ausspruche desselben [3]) zu Folge, fortgedauert, oder ob unsere Voreltern schon damals die in den ältesten Aufzeichnungen des fränkischen [4]) und longobardischen Rechtes sich findenden [5]) s. g. Vergabungen auf den Todesfall gekannt haben, ob daher die Worte des genannten Schriftstellers „nullum testamentum" so allgemein, wie sie gewöhnlich genommen werden, oder nur von einseitigen letzt-

---

Volke ganz erklärliche Idee, da bei einem solchen in der Regel jeder körperlich Schwache als bürgerlich todt gilt. Daß diese Idee aber wiederum zur rechtlichen Unmöglichkeit einer Verfügung über die Grenze des physischen Lebens hinaus, so wie später zu dem Verbote der Vergabungen auf dem Siechbette (Sachsensp. I. 52) führen mußte, ist nicht minder einleuchtend. Nur muß man dabei nicht, wie Gebauer (vestig. jur. Germ. II. S. 565), den alten Germanen philosophische Deductionen unterschieben, wie sie von denjenigen Lehrern des Naturrechts auszugehen pflegen, welche die Gültigkeit aller Testamente überhaupt und zwar aus dem Grunde leugnen, weil zwischen dem letzten Lebensmomente, wo das Eigenthum noch beim Testator ist, und dem ersten Todesmomente, wo der Erblasser nicht mehr wollen kann, eine Zwischenperiode undenkbar, gegen welches Raisonnement bekanntlich Leibnitz (nov. method. jurispr.) die Gültigkeit der Testamente aus der Unsterblichkeit der Seele bewiesen hat: quia anima immortalis est, mortui re vera *vivunt* et ideo manent rerum domini.

[3]) de situ, morib. et pop. Germ. cap. 20: heredes tamen successoresque sui cuique liberi — et *nullum* testamentum.

[4]) Beseler l. c. Band I. (auch unter dem Titel: die Vergabungen von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte) S. 96.

[5]) Beseler l. c. I. S. 108.

willigen Verfügungen zu verstehen sind [6]), dürfte zum mindesten zweifelhaft erscheinen. Denn wenn man bedenkt, daß eine Vergabung, welche überhaupt darin bestand, daß man einem Andern an dem, was man ihm zuwenden wollte, die Gewer [7]) übertrug, nur dadurch zu einer Vergabung auf den Todesfall, mithin ihrer Wirkung nach zu einer letztwilligen Disposition wurde, daß der Vergabende blos die juristische Gewer (Gewer zu Eigenthum) übertrug, sich selbst dagegen mit der factischen Gewer (Gewer zu Leibzucht) zugleich den lebenslänglichen Nießbrauch (usum et potestatem) reservirte [8]), so wird man einräumen, daß bei einem Römer kaum eine auch nur entfernte Vergleichung dieser, den Principien seines heimischen Rechts so fern stehenden Verfahrungsart mit dem, was er unter testamentifactio verstand, vermuthet werden darf. Und doch war mit diesen

[6]) Blos auf solenne römische Testamente, wie die bei Danz (l. c. IX. S. 6, Note c) citirten Schriftsteller wollen, mögte ich dagegen jene Worte nicht beziehen. Denn daß die Deutschen keine römischen Testamente hatten, konnte einem Tacitus unmöglich auffallend sein.

[7]) Ueber die Bedeutung dieses Wortes siehe: Albrecht l. c. §. 1 und 2.

[8]) Beseler l. c. I. S. 71 und 72. Albrecht l. c. S. 192. In dem ältesten hamburgischen Stadterbebuche (abgedruckt in der Zeitschrift des Vereins für hamburgische Geschichte I. S. 329) kommen gleichfalls Vergabungen unter Reservation der factischen Gewer vor. So z. B. XXIX. 1. woselbst es heißt:

S. et uxor sua W. resignaverunt novem mansos dimidio minus (8½ Hufen) in Vinkenwerdere et unum canem (?) Domui Sancti Spiritus et ipsi *personaliter* debent *possidere* quamdiu vivunt.

Vergabungen auf den Todesfall, namentlich als man sich später auch die Widerruflichkeit derselben vorbehielt [9]), unleugbar schon die testamentarische Succession nicht ihrer Form, wohl aber ihren, nach dem Tode des Vergabenden sich äußernden Folgen nach, in's Leben getreten und unterschied sich nur dadurch, ihrem innersten Wesen nach, von der römischen, daß sie, bei der Nothwendigkeit der sofortigen Uebertragung der juristischen Gewer [10]), ein zweiseitiges Geschäft war.

Allein diese früheste und bis zur Reception des römischen Rechtes einzige Art letztwilliger Verfügungen, die sich, weil es zur Uebertragung der Gewer an Liegenschaften überhaupt des feierlichen Actes der Auflassung (resignatio) bedurfte [11]) in die Form der letzteren kleidete und sich so in unserem topischen Rechte (wie schon S. 13 bemerkt) selbst noch neben eigentlichen Testamenten [12]) durch alle früheren Rechtsbücher bis in das neueste Statut von 1603 forterbte, war schon von vorn herein durch das, auf alle Vergabungen sich erstreckende Recht der nächsten Blutsverwandten, die Succession in gewisse Vermögenstheile zu verlangen, daher die Veräußerung derselben, wofern sie nicht aus ehehafter Noth geschah,

---

9) Albrecht l. c. S. 208. Pauli l. c. III. S. 163, Note 15.

10) Albrecht l. c. S. 190.

11) Denn jede simple Tradition ließ bei Immobilien in der Hand des Tradenten die Gewer zurück. Albrecht. l. c. S. 69. Über die Form der Auflassungen selbst vergl. Albrecht l. c. S. 63—68. Beseler l. c. I. §. 4.

12) Der Grund davon ist wohl in dem Umstande zu finden, daß die Vergabungen ein sichreres Recht gewährten. Pauli l. c. III. S. 178.

zu hindern [13]), einer sehr bedeutenden Restriction unterworfen.

Über den Grund dieses, die Intestatsuccession begünstigenden und dem obersten Grundsatze des römischen Erbrechtes, der Idee der freien Dispositionsbefugniß des Individuums, direct entgegenstehenden Widerspruchsrechtes (weddersprake) ist mehrfach gestritten worden, indem Einige denselben in einem, angeblich der ganzen Familie am Vermögen jedes einzelnen Gliedes derselben zuständigen Gesammteigenthume [14]), Andere dagegen in der gemeinsamen Verpflichtung zur Blutrache und Wergeldszahlung [15]) finden wollen, während neuerdings eine dritte [16]), jedoch schon auf die Annahme, daß nur ererbtes Gut dem Widerspruchsrechte unterlegen habe, basirte Ansicht das ganze Institut aus der schon erwähnten [17]) Idee, nach welcher die Dispositionsbefugniß durch das Vorhandensein physischer Kräfte bedingt war, abzuleiten sucht, daher die Verfügung über ererbtes Vermögen deshalb als beschränkt be-

---

[13]) Vergl. Pauli l. c. I. (auch unter dem Titel: Darstellung des Rechtes der Erbgüter nach älterem lübischen Rechte) S. 11. Beseler (l. c. I. §. 5.) zieht dagegen für die ältere Zeit die rechtliche Existenz des ganzen Instituts in Zweifel, allein seine Bedenken treffen hauptsächlich nur die bis dahin für die Erklärung desselben aufgestellten Gründe, von denen gleich unten die Rede sein wird.

[14]) z. B. Pütter: Beiträge zur näheren Erläuterung des deutschen Staats- und Fürstenrechtes II. No. 36.

[15]) z. B. Eichhorn: deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 57. Note e. Cropp l. c. II. S. 435 (verglichen mit S. 430).

[16]) Pauli l. c. I. S. 14.

[17]) Siehe oben Note 2.

trachtet, weil dieses nicht durch eigene Thätigkeit erworben war, welche letztere Ansicht, sobald die, sich auf den Umfang dieses Rechtes beziehende Basis derselben als festgestellt zu betrachten ist, den meisten Beifall verdienen dürfte. Allein gerade dieser Punkt, der Umfang des Widerspruchsrechtes, ist nicht minder controvers, indem von einer Seite behauptet wird, man habe hinsichtlich desselben nicht sowohl auf den soeben angedeuteten Unterschied zwischen ererbtem und unererbtem Gute, als auf den zwischen Mobilien und Immobilien zu sehen, indem nur bei letzteren, seien sie nun ererbt oder nicht ererbt gewesen, die Widersprache stattgefunden habe [18]), während Andere dagegen die Erb-Qualität als obersten Entscheidungsgrund hinstellen [19]) und nur darüber wieder unter einander dissentiren, ob auch ererbtes Gut, soweit es nicht aus Liegenschaften bestanden [20]), oder ob nur ererbte Immobilien [21]) dahin gezählt worden.

Was nun die zuerst erwähnte und oberste Controverse anbelangt, so kann dieselbe, weil sie überhaupt, da schon die dem Sachsenspiegel zunächst liegenden Quellen zwischen ererbtem und selbsterworbenem Gute

[18]) Eichhorn deutsches Privatrecht S. 421. v. Sydow l. c. S. 182. Der Grund dieser Ansicht ist im Art. I. 52 des Sachsenspiegels zu suchen.

[19]) Mittermaier l. c. S. 383. Gaupp: das Landrecht des Fürstenthums Breslau in seinem Verhältnisse zum Sachsenspiegel. S. 98.

[20]) Gries l. c. II. S. 121.

[21]) Mittermaier l. c. S. 383. Pauli l. c. I. S. 24—48. Diese Controverse ist besonders behandelt von *Dreyer:* de restricta facultate alienandi bona hereditaria ad *hereditaria mobilia non pertinente*. Kil. 1750.

deutlich unterscheiden[22]), nur das älteste Recht betrifft, für unseren Zweck völlig bei Seite gestellt werden, da schon unsere frühesten Stadtrechte sich auf das klarste darüber aussprechen, daß in Hamburg von je her die Erbqualität allein das Widerspruchsrecht begründet habe. So wird im Stadtrechte von 1270 (I. 8) als Erbgut bezeichnet:

> allerhand erve [offte gut] dat enem manne [edder ener vrouwen] anvallen mag offte anvallt . . . dat heet erve-gud[23]).

und von diesem also definirten Erbgute heißt es (IV. 2)

> erve-gud mach nemand gheven ane erveloff.

oder an einer anderen Stelle (III. 10.)

> id en were also, dat id erve-gud were, dat ein mann nicht geve sonder erveloff.

weshalb ihm denn auch nicht die Fahrniß, sondern das wohlgewonnene Gut, das Gut, dat se sülven

---

[22]) v. Sybow l. c. S. 183.

[23]) So ist denn wohl zu unterscheiden zwischen erve und erve-gud, indem ersteres Wort (wie überhaupt im älteren deutschen Rechte) das unbewegliche, letzteres dagegen das ererbte Gut bezeichnet Zwar kommt auch erve-gut hin und wieder in ersterer Bedeutung vor, so z. B. im Stadtrechte von 1497 (K. 4) woselbst es heißt:

> wat eneme . . . von erf-gude . . . anervet . . . dat wert billik erfgud gherekent.

allein dieser ausnahmsweise Gebrauch, so sonderbar er auch, bei der durch ihn möglichen Verwirrung, erscheint, kann die, in obiger Stelle klar ausgesprochene Definition unmöglich umstoßen. Daß übrigens das Wort erfgud auch im lübischen Rechte in diesem Sinne gebraucht wird, geht aus einer von Pauli (l. c. I. S. 18) citirten Stelle des codex ordaliorum hinlänglich hervor. Sie lautet: wohlgewunnen gud, id sy erfgud edder ander gut.

gewunnen hefft (IV. 2), als Gegensatz gegenübergestellt wird. Einen ferneren Beleg hierfür liefert denn auch das schon erwähnte älteste Stadterbebuch[24]), indem dasselbe das Wort „Erbe“ nicht, dem sonst durchgängigen älteren Gebrauche gemäß[25]), überall durch hereditas übersetzt, sondern genau zwischen hereditas (ererbtem Erbe) und domus (wohlgewonnenem Erbe) unterscheidet[26]), woraus sich denn wohl hinlänglich ergiebt, daß nicht die Qualität als Liegenschaft, sondern lediglich die Erbqualität das entscheidende Moment beim Widerspruchsrechte gewesen[27]).

Die zweite Controverse anlangend, so dürfte es für das deutsche Recht im Allgemeinen ziemlich festgestellt sein, daß das Wort „Eigen“, bei welchem einzig und allein die auf die Erb-Qualität sich beziehende Bezeichnung (Erb-Eigen) vorkommt, nur von Immobilien gebraucht worden, indem ihm die Fahrniß (das bewegliche Gut), bei der sich dagegen nirgends der, die Erb-Eigenschaft bezeichnende Zusatz findet, stets gegenübergestellt wird. So heißt es im Sachsenspiegel (I. 52)[28]).

---

24) Vergl. Note 8.

25) Vergl. Beseler, l. c. I. S. 15.

26) Vergl. Reimarus über das älteste Stadterbebuch (in der Zeitschrift für Hamb. Gesch. I. S. 448).

27) Verschweigen darf ich jedoch nicht, daß eine Resignation (CLII. 18) gegen diese Annahme Bedenken erregt, weil sie gerade bei der Auflassung eines domus des Consenses der Erben erwähnt. Es heißt:

B. et M. resignaverunt domino T. dimidiam *domum* . . . cum *voluntate heredum*.

28) Ich citire aus dem Codex Quedlinburgensis, als dem ältesten, nach der Ausgabe von Gärtner.

ane erven gelof. . . mut nieman sin eigen
. . . geben. . . alle varende habe gibt
die man an erven gelof[29]).

Ist es daher mehr als wahrscheinlich, daß, soweit von einer rechtlichen Wirkung die Rede gewesen, keine anderen Bestandtheile eines Vermögens, als:

1. Eigen
   a. Erb=Eigen
   b. Kauf=Eigen
2. Fahrniß

angenommen wurden[30]), so folgt auch daraus, daß nur das Erb=Eigen (also ererbte Immobilien) es gewesen, das als erve-gud dem Widerspruchsrechte unterlegen.

Für unser statutarisches Recht stellen sich dagegen einer gleichen Annahme sehr gewichtige Bedenklichkeiten entgegen, da schon in der obencitirten Stelle des Stadtrechtes von 1270 (I. 8) als Erbgut bezeichnet wird „allerhand erve offte gud", wobei ich, zur

---

[29]) So singt auch zu Ende des 13ten Jahrhunderts, also ungefähr gerade zur Entstehungszeit unseres ältesten Stadtrechtes, ein Minnesänger (der Stricker) in seinem, den Zug Carls d. G. nach Spanien feiernden Liede (XIII. 13)

Paide ir erb und ir aigen
Und dazu all ihre varunde habe
Der det siu sich durch gott abe.

[30]) So theilt auch das sächs. Weichbild (Art. 20) ganz deutlich das Eigen in Erb= und gabhaft Gut ein, und versteht unter letzterm nicht etwa die Fahrniß, sondern bona immobilia acquisita. Auch die Glosse zum Sachsenspiegel (I. 52) versteht unter Eigen nur unbewegliches Gut und theilt es wieder in Erb= und wohlgewonnenes Eigen ein. Vergl. Danz l. c. X. S. 207 Note b und S. 209.

Begründung meiner Ansicht, daß auch in unserem Recht nur Immobilien zum Erbgut gezählt haben, wohl kein Gewicht darauf legen darf, daß nach Anderson's Angabe [31]), der Zusatz „ofte gud" nur in einer Handschrift (der Placcius'schen) steht, in einer andern (der Reinstorp'schen) dagegen fehlt. Denn wollte man auch aus diesem Grunde jene Worte ganz streichen, so würde dies nur auf das Stadtrecht von 1270 von Einfluß sein, da dieselben schon gleich darauf im Stadtrechte von 1276 (I. 9) und später in dem von 1292 (C. 4) jedenfalls stehen. Ferner ist nicht zu leugnen, daß gud, wo es allein gebraucht wird, in der Regel die fahrende Habe bezeichnet [32]); ob es jedoch auch da, wo es, wie in obiger Stelle, in Verbindung mit dem Worte erve vorkommt, dieselbe Bedeutung habe, dünkt mich, wiewohl Gries [33]), dieser Ansicht folgend, aus obiger Stelle den, jedoch, wie es scheint, später [34]) von ihm wieder in Zweifel gezogenen Schluß zieht, daß schon nach dem älteren Stadtrecht die Fahrniß zum Erbgut gezählt sei, mehr als fraglich zu sein. Denn im Stadtrechte von 1497 (J. 6) heißt es:

---

[31]) Hamburgisches Privatrecht I. S. 31 in fine.

[32]) So z. B. im Stadtr. v. 1270 (V. 2). Dagegen wird gleich im folgenden Art. (V. 3) das Wort gud höchst wahrscheinlich, da vom uplaten desselben die Rede ist, im Sinne von unbeweglichem Gut gebraucht.

[33]) l. c. II. S. 121. Es scheint, als ob auch Cropp (l. c. II. S. 457) schon für die älteren Stadtrechte derselben Ansicht ist.

[34]) l. c. II. S. 141. Hier heißt es nämlich, der Erben Bewilligung sei zur Veräußerung des Erbgutes „wenigstens wenn es aus liegenden Gründen bestand" erforderlich gewesen.

allerhande erve edder gut, dat eneme manne anvallen mach . . . dat heed erve-gud; unde welkem manne susdane gud ankamet, de nycht hogenoch to stadtrechte beseten ys, de mach dat nicht verkopen.

Es fragt sich hier: worauf bezieht sich der Ausdruck susdane (sothanes) gud? Auf das, worauf es allein zu beziehen wäre, auf das eben vorhergehende Wort erve-gude, kann es nicht bezogen werden, weil daraus folgen würde, daß derjenige, welcher die hinlängliche Quantität von dem Stadtrechte unterworfenen Grundstücken [35]) besitzt, folglich hogenoch to stadtrechte beseten ys, auch über seine ererbten Grundstücke ungehindert disponiren dürfe, welcher Annahme der Umstand, daß die Anerkennung des Inhibitionsrechtes noch bis in den Receß von 1603, ja selbst bis in das neueste Statut hineinreicht [36]), durchaus entgegensteht. Wenn daher der Ausdruck susdane gud jedenfalls unpassend gewählt ist, weil er sich keinenfalls auf das vorhererwähnte erve-gud bezieht, so kann mit demselben nur der directe Gegensatz zu letzterem, nämlich die fahrende Habe, gemeint sein, woraus sich denn ergiebt, daß das Stadtrecht von 1497 als oberste Regel nur ererbte Immobilien der Widersprache unterwirft, und nur ausnahmsweise auch dem die Veräußerung der ererbten Fahrniß „ane syner erven vulbort“ verbietet, der nicht hoch

---

[35]) Westphalen zu Gries l. c. S. 141 Note *).

[36]) Vergl. §. 7.

genug nach Stadtrechte besessen ist[37]). Demnach würden wir denn, falls wir an der obenerwähnten Ansicht von Gries festzuhalten genöthigt wären, die ganz auffallende Erscheinung vor uns haben, daß das spätere Stadtrecht (abgesehen von der eben erwähnten Ausnahme), dem älteren Principe des germanischen Rechts huldigend, nur Immobilien der Widersprache unterwirft, während alle älteren dagegen, dem heutigen usus gemäß, auch die ererbte Fahrniß zum Erbgut gezählt hätten.

Allein die Widersinnigkeit solcher Annahme drängt von selbst zu dem, schon an sich wahrscheinlichen Schluß hin, daß mit der durch das Stadtrecht von 1497 aufgestellten singulairen Ausnahme die erste Annäherung an das neuere Recht geschehen, und daß dasjenige, was in letzterem noch als Regel gilt, gerade in den älteren Stadtrechten als Regel ohne Ausnahme gegolten habe, welche Annahme es aber unmöglich macht, die obenerwähnten Zusatz offte gud auf die ererbte Fahrniß zu beziehen. Es bleibt daher nur zwischen Zweiem die Wahl, entweder, unter Berufung auf den nachfolgenden Satz „**alsodan erve alse hier beschreven is**", die Worte erve offte gud in erve offte erve-gud zusammenzuziehen und beide als synonym, durch hereditas (Grundeigenthum)

---

37) Vergl. Westphalen an der in voriger Note citirten Stelle. Nach dieser Feststellung für das Stadtrecht von 1497 muß auch das Wort gude in Art. K. 3 desselben für unbewegliches Gut genommen werden.

zu übersetzen [38]), oder, was wohl das Richtigere ist, erve nur auf eigentliche Liegenschaften, die Worte offte gud dagegen überall, wo sie in Verbindung mit dem Worte erve vorkommen, auf dasjenige zu beziehen, was juristisch den Liegenschaften gleichgestellt wird, d. h. auf Alles, bei dessen Veräußerung, gleich wie bei Grundstücken, die bloße Tradition nicht als hinreichend erachtet wurde [39]). Denn aus dem Umstande daß es zur Übertragung der Gewer an Immobilien, und nur zu dieser, der Auflassung bedurfte, läßt sich wohl auch umgekehrt der Schluß ziehen, daß auch Alles, was auf diese feierliche Weise übertragen ward, juristisch den Liegenschaften gleich geachtet worden. Denn wurde auch nicht selten fahrende Habe, namentlich das ingedome (Inventarium) [40]), zugleich mit den Liegenschaften aufgelassen, so geschah dies doch nur dann, wenn erstere als Pertinenz zu letztern gehörte [41]), wogegen eine Resignation einzelner Mobiliargegenstände niemals, häufig jedoch die Auflassung, z. B. von Schiffsparten [42]), Renteposten [43]), verkäuflichen

---

[38]) Vergl. oben Note 23.

[39]) Vergl. Note 11.

[40]) Vergl. über die Bedeutung des Wortes: *Richey*: Idioticon Hamburgense s. h. v. Anderson l. c. I. S. 51 und Staphorst hamburgische Kirchengeschichte I. 4, S. 534.

[41]) So heißt es im ältesten Stadterbebuche (XCIX. 11.) N. de C. emit . . . domum *cum* suo ingedome. Vergl. auch: Wolff: Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. I. S. 399 sub No. 4.

[42]) St.-Erbebuch CLXXV. 19: J. resignavit . . . quartam partem *scute*. Vergl. Stadtrecht von 1270 (I. 13 in fine).

[43]) Beispiele davon liefert das St.-E.-buch unzählige.

Ämtern[44]) und Gerechtigkeit[45]), ebenmäßig wie die von Grundstücken vorkommt, weshalb denn auch erstere sicher unbedingt, wie zum Theil noch heute, mit zum Immobiliarvermögen gezählt wurden.

Sollte nun die Annahme, daß das Wort allerhand gud[46]) da, wo es dem eigentlichen erve zur Seite gestellt ward, dasjenige bezeichne, was juristisch den Liegenschaften gleichgeachtet wird, so wäre damit der Beweis, daß das ältere hamburgische Recht nur Immobilien zum Erbgut rechnet[47]), erzielt, der, so manche äußere Gründe ihm auch noch, bei der nicht zu verkennenden Unklarheit der älteren Stadtrechte überhaupt, auf den ersten Blick entgegen zu stehen scheinen[48]), mindestens das allgemeine deutsch-

---

[44]) Z. B. im St.-E.-buch (VII. 3) ein Barbieramt. Vergl. Anderson l. c. II. S. 301 in fine.

[45]) Auch Servituten wurden im 13ten Jahrh. wie Erben verlassen. Anderson l. c. II. S. 304.

[46]) Vergl. wegen der Worte „Allerhandt Gut" im Lüb. Stat. rev. I. 10, 6: Pauli l. c. I. S. 184.

[47]) Vergl. Pauli l. c. I. S. 48 Note 92.

[48]) Dahin gehört vor Allem die erste Hälfte des schon citirten Artikels IV. 2 im Stadtrechte von 1270, welcher der obigen Annahme daß nur Immobilien aufgelassen, offenbar widerspricht, falls hier nicht das Wort geven, wie in Art. V. 3, wo es ausdrücklich vom uplaten getrennt ist, eine, nach Art. VI. 2, gleichfalls vor dem Rath zu errichtende einseitige letztwillige Disposition bedeutet. Allein auch dann scheint noch der ganze Artikel anstößig, weil gesagt wird, daß eine Wittwe nur varende have offte ingedome, dat se sülven gewunnen heft, vergeben dürfe, woraus man schließen könnte, daß sie ererbte Fahrniß nicht vergeben dürfe, weil diese mit zum Erbgut zähle. Allein das richtige Verständniß des Satzes ist wohl dieses: Von dem, wat se sülven (d. h. sie und ihr verstorbener Ehemann) gewunnen heft, darf die Wittwe nur die fahrende Habe und das Ingedome vergeben; wie dies denn auch

rechtliche Princip und die analoge Ansicht anderer gleichzeitiger Particularrechte für sich hat [49]).

Wie nun im Obigen das alte, die Widersprache bedingende Recht der nächsten Blutsverwandten auf Succession in die Erbgüter sich uns veranschaulicht, so ist es bekanntlich nicht mehr das heutige, denn schon von vorn herein hat es, in seiner, von seinem frühesten Ursprunge ausgehenden Fortpflanzung bis auf den heutigen Tag, einer zweifachen ganz verschiedenen Ausbildung unterlegen, nach welcher es uns jetzt in doppelter Gestalt, einerseits in dem, vorzugsweise die männlichen Erben begünstigenden Stammguts-System des Adels [50]), andererseits in dem bürgerlichen Rechte der Erbgüter entgegentritt.

Aber auch letzteres, das hier, der gestellten Aufgabe zu Folge, allein in Betracht kommt, hat,

---

durchaus consequent, da nach Artikel I. 8. auch ein von Eheleuten erkauftes Erbe für den Überlebenden zu Erbgut wird. Wenn dagegen nach dem Stadr. von 1292 (F. 2) und dem von 1497 (K. 9) die beerbte Wittwe auch die Fahrniß nicht vergeben darf, so hat dies nicht etwa in einer Erbqualität derselben, sondern lediglich in dem Communionverhältniß der Wittwe mit ihren Kindern seinen Grund. Anders erklärt diese Stelle Cropp l. c. II. S. 541.

[49]) Außer der oben erörterten Frage, die wegen ihres Einflusses auf andere Fragen des heutigen Rechtes von wesentlicher Bedeutung ist, sind noch einige andere, z. B. in wie weit nach älterem Recht die Statutarportion des überlebenden Ehegatten für diesen zu Erbgut werde, nicht minder controvers, worauf jedoch erst später am geeigneten Orte Rücksicht zu nehmen sein wird.

[50]) Vergl. Eichhorn d. P.-R. §. 367. Es ist daher offenbar eine Verwechslung, wenn Hasche (l. c. VII. S. 198) unser Erbgüterrecht ein „altadeliges Recht" nennt.

wiewohl es sich ziemlich lange vom Einflusse des recipirten Rechtes frei zu erhalten gewußt, in den letztverflossenen Jahrhunderten, wie überall, wo es nicht schon früher von der römischen Ansicht gänzlich verdrängt war [51]), allmählig mannigfachen Modalitäten unterliegen müssen, durch welche es denn heut zu Tage auch bei uns auf der einen Seite um ein Ziemliches erweitert, auf der andern dagegen bedeutend beschränkter erscheint.

Eine Erweiterung erlitt dasselbe nämlich, und zwar jedenfalls in der Periode zwischen dem Stadtrechte von 1497 und dem Statut von 1603, durch Feststellung der von Gries schon für die älteren Stadtrechte vindicirten Ansicht, daß auch ererbtes Mobiliarvermögen der Widersprache unterliege, welche Umwandlung wohl hauptsächlich dem veränderten Verhältnisse, in welches nach und nach der Grundbesitz zum baaren Gelde trat, seinen Ursprung verdankt. Denn nachdem, bei ausgebreiteterem Handel und blühenderem Gewerbe, überall größerer Werth auf disponibles Vermögen als auf liegende Gründe, die bis dahin als der vorzüglichste, ja als der einzige reelle Bestandtheil des gesammten Eigenthums galten, gelegt wurde, ward es sehr natürlich, daß man ersteres, soweit es gleichfalls ererbt war, nunmehr den ererbten Liegenschaften zum Mindesten gleichstellte, daher auch fortan nur auf die Erbqualität des Vermögens, es bestehe nun

---

[51]) So größtentheils im Süden Deutschlands. Mittermaier l. c. §. 157 Note 21.

woraus es wolle, sein Augenmerk richtete. An diesem Grundsatze mogte man denn, als später, neben dieser Erweiterung, auch eine sehr bedeutende Beschränkung des ältern Rechtes dadurch in's Leben getreten war, daß man die Veräußerlichkeit des Erbgutes als inter vivos völlig ungehindert, daher an keinerlei Consens gebunden, anerkannte, in der Folge gern um so fester halten, als dadurch gewissermaßen das Gleichgewicht wieder hergestellt ward, indem nun, konnte man auch die Veräußerung selbst nicht inhibiren, doch mindestens der aus ihr gezogene Erlös den Erbgutsberechtigten auf den Todesfall verhaftet blieb[52]. Der Grund dieser zweiten Umwandlung ist nun wohl hauptsächlich dem, bei der damaligen gänzlichen Vernachlässigung des deutschen Rechtes, immer mehr wachsenden Einflusse des römischen zuzuschreiben, das nunmehr mit seinem, nur der letztwilligen Verfügung gewisse Schranken setzenden Grundsatze endlich den Sieg über das alte Familienprincip errang, welche Ansicht man denn auch damals um so bereitwilliger erfassen mogte, als sich gewiß längst, namentlich bei dem Kaufmannsstande, das Unbequeme einer schon unter Lebenden beschränkten Disposition über das Eigenthum fühlbar gemacht hatte.

Allein diese, dem Erbgutsbesitzer nunmehr inter vivos verstattete freie Verfügung über sein ererbtes Gut hatte denn auch nichts Geringeres zur Folge, als daß das ganze Erbgüterrecht, weil es aufhörte

---

[52]) Vergl. Pauli l. c. I. S. 196.

ein Widerspruchsrecht zu sein, völlig seinen früheren eigenthümlichen Character verlor, und, indem es nur noch seinen Einfluß auf die testamentifactio äußerte, zu einer, neben dem römischen Pflichttheilsrechte bestehenden, von der Qualität des Nachlasses abhängigen successio necessaria [53]) herabsank, weshalb es denn in dieser heutigen Gestalt, hinsichtlich mancher in's Einzelne gehender Fragen, um so weniger ohne analoge Anwendung des römischen Rechtes dargestellt werden kann, als im übrigen gerade unser testamentarisches Erbrecht (im Gegensatz zu der fast durchgängig eigenthümlichen Intestatsuccession) vorzugsweise auf römischer Basis beruht.

So steht denn nach heutigem topischen Recht der testamentifactio (d. h. der Befugniß, letztwillig zu disponiren), soweit sich dieselbe auf das Object der Verfügung bezieht, ein römisches und ein deutsches Notherbenrecht gegenüber, welches letztere sich wieder in das Recht des überlebenden Ehegatten auf die Statutarportion [54]) und in das hier in Rede stehende Erbgüterrecht spaltet.

Wie sich letzteres nun, dessen oberste Regel:

---

[53]) Daher paßt denn auf dasselbe völlig Justinian's allgemeine Beschreibung des Notherbenrechts: considerandum est, legem quibusdam testatoribus necessitatem imponere partem aliquam certis personis tribuendi tanquam a natura iis debitam. (Nov. 1. praef. §. 2.)

[54]) Daß dasselbe ein Notherbenrecht sei, zeigt schon die Möglichkeit einer Enterbung von der Statutarportion (§. 14). Vergl. übrigens auch Mittermaier l. c. S. 1020, und das O.-A.-gerichtliche Erkenntniß bei Gries l. c. II. S. 163—168.

Das Erbgut muß den Erbgutsberechtigten ungeschmälert hinterlassen werden [55]),

hier zunächst die Beantwortung dreier Fragen, nämlich 1) was ist Erbgut? 2) wem und 3) wie muß es hinterlassen werden? erforderlich macht, nach heutigem Rechte herausgestellt hat, wird im noch übrigen Theile dieser Abhandlung zu untersuchen sein [56]).

§. 4.

II. Was ist nach heutigem Rechte Erbgut?

Was zuvörderst die erste der ebenerwähnten Fragen betrifft, so ist dieselbe im Vorhergehenden bereits dahin beantwortet worden, daß das heutige Recht, im Gegensatz zum älteren, sowohl Mobilien als Immobilien zum Erbgute zählt, weshalb sich denn die nachfolgende Untersuchung nicht sowohl darauf,

---

[55]) Art. 4. h. t. in fine. Die Ausnahmsfälle von dieser Regel wird das zweite Capitel erörtern.

[56]) Eines Verzeichnisses der betreffenden Literatur, das sich natürlich auf solche Abhandlungen beschränken müßte, die ausschließlich das Erbgüterrecht, und zwar lediglich das hamburgische, betreffen, wird es nicht bedürfen, da sich ein solches bei Anderson (l. c. II. S. 65 u. 66) findet, das, so viel mir bekannt, bis heute nur durch die §. 13 Note 3 citirte Dissertation vermehrt worden. Andere Abhandlungen aus dem topischen Rechte, die nur gelegentlich die hier in Rede stehende Materie berücksichtigen, sollen gehörigen Ortes angeführt werden.

an welchen Theilen des ererbten Vermögens die Erbgutsqualität hafte (denn sie haftet, wie gezeigt, an allen Theilen) als dahin zu richten haben wird, welche Erlangungen als solche zu betrachten sind, die dem erlangten Gute die Erbgutseigenschaft verleihen. Die Beantwortung dieser Frage wird sich am zweckmäßigsten an die betreffenden Stellen des Statutes selbst anknüpfen lassen. Letzteres bezeichnet nun im Art. 7 h. t. als Erbgut:

I. Was jemand[em] von seinen Eltern oder nächsten Freunden durch tödtliche Fälle angeerbet. Fragt man hier zuerst nach den Personen, welche unter der Bezeichnung „nächste Freunde" verstanden sind, so unterliegt es, nach Vergleichung mit andern Stellen [1]) keinem Zweifel, daß das Wort „Freunde" überhaupt Blutsverwandte bezeichne, weshalb denn unter den nächsten Freunden nur diejenigen Blutsverwandten, mit Ausschluß aller fernerstehenden, zu begreifen wären, welche, abgesehen von den Eltern, die nächsten sind. Allein die Praxis nimmt die obige Bezeichnung nicht so genau, sondern versteht unter derselben überhaupt alle diejenigen, die man ab intestato entweder, wie in dem hier in Rede stehenden Falle, wirklich beerbt, oder, wie in dem sub No. II. zu erörternden, beerbt haben würde, ja sie zählt selbst den verstorbenen Conjux eines ex edicto unde vir et uxor succedirenden Ehegatten zu

[1]) Part. I. Tit. 6 Art. 3 und Tit. 28 Art. 5.

den nächsten Freunden[2]), woraus sich denn ergiebt, daß auf der einen Seite Alles, was Jemandem ab intestato zufließt, für den Empfänger zu Erbgut werde[3]) und daß auf der andern dagegen jede testamentarische Zuwendung mindestens in soweit nicht zu Erbgut werde, als sie von Jemandem herrührt, den man nicht auch ab intestato beerbt haben würde[4]).

Wie aber verhält es sich mit dem, was aus dem Testamente einer solchen Person herrührt, zu deren nächsten Intestaterben man im Augenblicke ihres Todes gehörte? Joachim Müller[5]) und Gries[6]) behaupten, auch dieses würde, falls nicht der Testator das Gegentheil verordnet hätte, zu

---

[2]) Vergl. Westphalen zu Gries l. c. II. S. 149 und das daselbst mitgetheilte niederg. Erk. Wenn dagegen Vincent Müller im Thesaurus juris provincialis et statutarii Germ. (ed. Nettelbladt) II. S. 295. auch den Schwager zu den Freunden rechnet, so will er damit nur auf die Bestimmung des Art. 8. h. t. hindeuten, nach welcher das, dem einen Ehegatten angeerbte Gut diese Qualität nicht verlieren soll, wenn es nach dessen Tode auf den Überlebenden übergeht, worüber weiter unten das Nähere erfolgen wird.

[3]) Daß die Succession von Corporationen oder gar die des Fiscus nicht hieher gehört, versteht sich von selbst; was aber deshalb nicht als Ausnahme betrachtet zu werden braucht, weil da, wo keine testamentifactio eintreten kann, die Frage, ob etwas Erbgut sei oder nicht, eine ganze müssige ist. Anders verhielt es sich freilich nach dem Recht des Sachsenspiegels bei der persönlichen Succession des Richters. (Ssp. Buch I. Art. 28.)

[4]) Vergl. Joach. Müller ad Thes. II. S. 753: Non tamen ex testamento eorum, quorum heres ab intestato non est.

[5]) Vergl. die in voriger Note citirte Stelle.

[6]) l. c. II. S. 150.

Erbgut, unterscheiden jedoch, ob es titulo universali oder speciali zugefallen sei, indem sie nur das, auf letztere Weise Erhaltene, weil solches, wie sich Müller ausdrückt, niemals als „angeerbt,“ sondern stets als „vermacht, legirt oder geschafft“ bezeichnet werde, nicht zum Erbgut zählen. Letztere Unterscheidung (hinsichtlich deren es, falls der ganzen Ansicht nicht beigepflichtet werden kann, natürlich keines näheren Eingehens bedarf) vorläufig bei Seite gestellt, spricht für die Annahme, daß auch testamentarische Zuwendungen von Blutsfreunden als Erbgut zu betrachten, allerdings der Umstand, daß schon in den ältesten Lübeckischen Testamenten die Erwähnung vorkommt, das Zugewandte solle nicht als Erbgut, sondern als wohgewonnenes Gut auf den Empfänger übergehen[7]), was damals, wo man auch in Lübeck nur Immobilien zum Erbgut zählte[8]), so ausgedrückt ward: der Empfänger solle das zugewandte Immobile like varende have oder jure rerum mobilium besitzen. Allein abgesehen davon, daß dieser Ausdruck, weil er überhaupt als allgemeine Formel für das Recht völlig freier Verfügung gebraucht ward[9]), sich auch füglich auf die Richtexistenz anderer, vom Testator selbst ausgehender Dispositionsbeschränkungen zum Besten der Intestaterben beziehen konnte, scheinen doch, was Hamburg betrifft, schon unsere älteren

[7]) Pauli l. c. I. S. 53.
[8]) Pauli l. c. I. S. 48.
[9]) Pauli l. c. I. S. 64.

Stadtrechte dieser Ansicht zu widersprechen, wobei ich mich jedoch weniger auf das Wort anvallen [10]), das, weil schon das Stadtrecht von 1270 (VI. 2) einseitige Verfügungen auf den Todesfall [11]) kennt, sich füglich auch auf das per testamentum Erhaltene beziehen kann, als lediglich auf den Art. K. 3 des Stadtrechts von 1497 berufen mögte, woselbst es heißt:

> wes anders uth sunderger gunst unde tonegin ge ghegeven worde ... dat dorff man vor neen erfgud holden.

Hier wird offenbar, wenn man bedenkt, daß in den älteren Sadtrechten das Wort gheven sich gerade auf letztwillige Zuwendungen bezieht [12]), das per testamentum Erhaltene für kein Erbgut erklärt, welche Ansicht denn auch im oben citirten Artikel unseres neuesten Statuts mit den Worten „durch tödtliche Fälle" wiedergegeben zu sein scheint [13]), weil nur bei der Intestatsuccession der, vor Errichtung eines Testaments sich ereignende Todesfall auch zugleich der Grund des Anfalles der Erbschaft

---

[10]) Stadtr. v. 1270 I. 8. v. 1292 C. 4.

[11]) Sie waren zwar keine Instrumente in gemeinrechtlicher Form, wie sie zuerst im Stat. v. 1603 (Art. 3 h. t.) verstattet werden, wohl aber einseitige letztwillige Verfügungen, die, je nachdem der Testator gesund oder krank, entweder vor sitzendem Rathe, oder vor zwei, zu diesem Zweck committirten Mitgliedern desselben zu Protocoll gegeben wurden. Vergl. Stadtr. v. 1292 G. 2.

[12]) Pauli l. c. III. S. 439.

[13]) Westphalen zu Gries l. c. S. 150. Vergl. auch v. d. Fecht ad Thes. I. S. 939 und Schlüter ad Thes. II. S. 183.

ist, während letzterer bei der testamentarischen, wiewohl auch hier ein Todesfall dem Anfall der Erbschaft vorhergehen muß, lediglich im Willen des Testators liegt. Es darf daher wohl ohne Bedenken als Regel hingestellt werden, daß Alles, was Jemandem per testamentum angefallen, mit Ausnahme des legitima, deren Hinterlassung, weder von der gunst unde toneginge noch überhaupt vom Willen des Testators abhängig war, nicht als Erbgut zu betrachten sei [14].

Zweifelhafter ist die Frage, in wie weit die portio statutaria des überlebenden Ehegatten für diesen zu Erbgut werde, wobei jedoch nur von dem gesetzlichen Antheil des letzteren, nicht aber von demjenigen die Rede sein kann, was derselbe über den Belauf der Statutarportion hinaus aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten empfängt. Denn dies erhält er entweder ab intestato, d. h. ex edicto unde vir et uxor, und dann wird es für ihn, wie oben gezeigt, gleich jeder andern Intestaterbschaft, zu Erbgut, oder aus Gunst und Zuneigung, d. h. als testamentarische Zuwendung, und alsdann kann es nur in soweit als Erbgut betrachtet werden, als es mit unter die ausdrückliche Bestimmung des Art. 8.

---

[14]) Diese Ansicht scheint auch das niederg. Erk. bei Gries l. c. I. S. 151 in den Worten „weil sie es von ihm durch Testament und zwar ꝛc." auszusprechen, denn ich schließe aus denselben, daß die testamentarische Zuwendung auch allein, falls nicht die specielle Bestimmung des Testators hinzugefügt gewesen wäre, hingereicht hätte, das Zugefallene für kein Erbgut zu erklären.

h. t. fällt, nach welcher Alles, was für den verstorbenen Ehegatten bereits Erbgut war, diese Qualität dadurch, daß es auf den Überlebenden übergeht, nicht verlieren soll [15]).

Letztere Bestimmung muß denn auch natürlich auf die eigentliche Statutarportion ihre Anwendung finden; es fragt sich daher allein, ob und in wieweit letztere, falls sie nur aus wohlgewonnenem Gute besteht, für den Empfänger derselben zu Erbgut werde.

Für die völlige Verneinung dieser Frage ließe sich der Umstand anführen, daß sich in dem, im Stadt-Archive asservirten Manuscripte des neuesten Statuts der Entwurf eines hinter den Art. 8. h. t einzuschaltenden, jedoch später verworfenen Artikels [16]) findet, dessen Worte also lauten:

> Was aber der eine Ehegatte dem andern gebührlich .... von seinen wohlgewonnenen Gütern .... vermachen werde, solches ist für kein Erbgut zu achten.

Was läßt sich nun aus diesem Entwurfe, der, unter dem „Gebührlichen" offenbar die Statutarportion verstehend, augenscheinlich, falls er recipirt wäre, die ganze Controverse entschiede, argumentiren? Einmal

---

[15]) Die eigenthümliche Ansicht Klefeker's (l. c. IV. S. 243 §. 14) daß auch dasjenige Gut, welches beim verstorbenen Ehegatten Erbgut war, für den Überlebenden zu wohlgewonnenem werde, bedarf wohl bei der klaren Fassung des Art 8. h. t. keiner Widerlegung.

[16]) Abgedruckt in der, vom hist. Verein besorgten Ausgabe des neuesten Statuts. S. 426.

könnte man sagen: daraus, daß derselbe nicht aufgenommen, ergiebt sich, daß man auch die Bestimmung desselben nicht hat als gültig anerkennen wollen, sodann: er ist deshalb nicht aufgenommen worden, weil die Annahme, daß die Statutarportion, soweit sie aus wohlgewonnenem Gute besteht, nicht zu Erbgut werde, als bekannt vorausgesetzt werden konnte. Allein um letzteren Schluß einiger Maßen zu rechtfertigen, müßte mindestens das, was als bekannt vorausgesetzt werden soll, sich hinlänglich aus den älteren Stadtrechten ergeben. Dieses wird nun von Gries, der für das heutige Recht den Grundsatz aufstellt, wohlgewonnenes Gut werde durch den Übergang auf den überlebenden Ehegatten nicht zu Erbgut [17], zwar nicht für die drei ältesten Stadtrechte [18], wohl aber für das von 1497 behauptet, indem er hinsichtlich des letztern, den durch alle älteren Stadtrechte durchgehende Satz des Art. G. 5:

> so wor ein mann und ene vrouven erve kopet.... so wenne erer ein stervet, so hed id erve-gud

deshalb für eine, nur auf wohlgewonnene Immobilien sich beziehende singulaire Ausnahme erklärt [19], weil im Art. K. 4 des Stadtrechtes von 1497 schon die obenerwähnte Bestimmung des Art. 8 h. t. enthalten ist. Allein wenn letztere für unser heutiges Recht die hier in Rede stehende Frage, ob das von

---

[17]) l. c. II. S. 153 in fine.
[18]) l. c. II. S. 121.
[19]) l. c. II. S. 122.

einem Ehegatten, nach dem Tode desselben, auf den andern übergegangene wohlgewonnene Gut für letzteren zu Erbgut werde, eben deshalb unentschieden läßt, weil sie nur von dem redet, was schon beim verstorbenen Ehegatten Erbgut war, so kann dieselbe im Stadtrechte von 1497 den ihr dort direct gegenüberstehenden Satz des Art. G. 5, weder umstoßen noch zu einer (bei der Annahme, daß damals überhaupt nur Immobilien zum Erbgut gezählt, an sich unmöglichen) singulairen Ausnahme stempeln, vielmehr erhält der Art. K. 4 (und mit ihm der Art. 8 h. t.) erst sein richtiges Verständniß durch den Art. G. 5, indem letzterer hinlänglich beweist, daß ersterer, wiewohl er nur von dem Gute redet, daß schon beim verstorbenen Ehegatten Erbgut war, doch kein argumentum a contrario für das wohlgewonnene Gut desselben liefert.

Kann daher die obige Bestimmung des Art. G. 5 im Stadtrechte von 1497 keiner anderen Auslegung als in den älteren Stadtrechten unterliegen, so fragt sich nur noch: was ist aus derselben für das ältere und somit, bei dem Mangel einer directen Bestimmung im neuesten Statut, für das heutige Recht zu entnehmen? Gries folgert aus derselben, daß nach den ältesten Stadtrechten (was denn, wie gezeigt, auch für das von 1497 gelten muß) die ganze Statutarportion für den überlebenden Ehegatten „allem Anscheine nach" zu Erbgut geworden sei [20]), welche

[20]) Siehe Note 18.

Ansicht in Pauli, und zwar auch für das hamburgische Recht [21]), einen unbedingten Verfechter gefunden hat, wogegen Cropp [22]) die obige Bestimmung des Art. G. 5 einer ganz abweichenden Interpretation unterwirft, indem er dieselbe, und zwar in Übereinstimmung mit der Langenbeck'schen Glosse, dahin erklärt, daß ein von Eheleuten erkauftes Erbe nicht für den überlebenden Theil derselben, sondern für die anderweitigen Intestaterben des verstorbenen Theils zu Erbgut werde. Nach diesem Verständniß der Stelle wird denn von Cropp gefolgert, daß, bei dem während stehender Ehe getrennten Eigenthum der Eheleute an ihrem beiderseitigen Vermögen, die aus wohlgewonnenem Gute bestehende Statutarportion des überlebenden Ehegatten nur in so weit zu Erbgut werde, als sie aus dem Vermögen des verstorbenen Theiles herrührt [23]).

Allein dieser Interpretation des Art. G. 5 kann ich, so sehr das Resultat derselben mit meiner Ansicht harmonirt, nicht beipflichten. Denn dieses so ganz entfernt liegende Verständniß der Worte würde nur dann einen Grund für sich haben, wären Liegenschaften eines verstorbenen Ehegatten auch in Ham-

---

[21]) l. c. I. S. 81.

[22]) in: Heise u. Cropp l. c. II. S. 557 Note 224.

[23]) Dies schließe ich nämlich aus den Schlußworten der Note 224: „Was mithin die Frau bei der Theilung vom wohlgewonnenen Gute des Mannes erhält, das ist auch in ihrer Hand gewonnenes, nur nicht selbst gewonnenes Gut", da ja bei der in Rede stehenden Frage allein das selbstgewonnene Gut den Gegensatz zum Erbgut bildet.

burg, gleich wie nach dem Rechte des Sachsenspiegels (Buch I. Art. 31) immer nur auf dessen anderweitige Intestaterben, nie aber in die Statutarportion des überlebenden Theils übergegangen, wäre letztere daher immer nur aus der fahrenden Habe zu nehmen gewesen. Allein dem widerspricht der Art. K. 4 des Stadtrechtes von 1497 geradezu, indem er ausdrücklich vom erfgude, mithin jedenfalls von Immobilien [24]) redet, die von einem Ehegatten auf den anderen übergehen. Kann daher diese Auslegung des Art. G. 5 nicht die richtige sein, was vollends durch die Parallelstelle im s. g. vermehrten Sachsenspiegel [25]), woselbst es (Buch I. Kap. 47. dist. 4) noch deutlich heißt:

> und stirbet ir eines daz erbet daz uff das andere und darnach wirt er [es] erbegut.

bestätigt wird, so scheint es mir doch deshalb noch keineswegs nothwendig zu sein, der Meinung, daß

---

[24]) Daß das Wort erfgude an dieser Stelle nur ein Erbe im Allgemeinen bezeichnen könne, ist bereits §. 3. Note 23 gezeigt. Anders haben es freilich die Redactoren des neuesten Statuts verstanden, wenn sie von dem Erb-Gute, das einem Ehegatten mitgegeben oder angeerbt sei, reden, ohne deshalb etwas Anderes als mitgegebenes oder ererbtes Gut überhaupt, mithin solches Gut darunter zu verstehen, das für den Ehegatten, der es empfängt, Erbgut wird, nicht aber schon für Den Erbgut war, der es ihm gab oder hinterließ. Daher fragt denn auch Joach. Müller (ad Thes. II. S. 754) ganz mit Recht: „cur dicitur von Erbgut mitgegeben et non simpliciter: mitgegeben?"

[25]) Liber legum secundum distinctiones, abgedruckt im ersten Bande von Ortloff's Sammlung deutscher Rechtsquellen S. 15—338.

nach jenem Artikel die ganze Statutarportion zu Erbgut werde, beizutreten, welche Ansicht auch, auf das heutige Recht übertragen, nicht minder als mit den gegenwärtigen Verhältnissen mit ausdrücklichen Gesetzen, z. B. mit Art. 19 h. t. in Widerspruch gerathen würde, der, wenn er die Bestimmung ausspricht, daß nach einem von Eheleuten errichteten wechselseitigen Testamente, der überlebende Theil von seinem Antheil Güter ein anderes Testament errichten könne, offenbar voraussetzt, daß dieser Antheil nicht regelmäßig ganz zu Erbgut geworden sein müsse, weil sonst der überlebende Ehegatte nicht befugt wäre, auch nur über einen Theil desselben auf's Neue zu testiren. Allein auch auf ganz natürlichem Wege wird man zu dem, von Cropp erzielten Resultate gelangen, sobald man nur die Worte „so wor ein mann und ene vrouven erve kopet" nicht auf einen gemeinschaftlichen Kauf, zu dem beide Eheleute, jeder aus seinem Vermögen, beigesteuert, beziehen zu müssen glaubt. Dies scheint mir aber nicht durchaus nothwendig zu sein, indem der ganze Artikel auch wohl so verstanden werden kann, daß ein Erbe, welches der Ehemann aus seinem, oder die Ehefrau aus ihrem Eigenthum ankauft, für den überlebenden andern Theil, wofern es diesem zufällt, zu Erbgut werden solle. Dieses, auf die, in neuerer Zeit wohl kaum mehr bezweifelte Ansicht, daß in Hamburg von jeher nur eine formelle äußere, nie aber eine eigentliche, d. h. materielle, innere Güter-

gemeinschaft existirt habe[26]), sich stützende Verständniß scheint auch in den oben citirten Worten des vermehrten Sachsenspiegels seine Bestätigung zu finden, indem diese dasjenige von Eheleuten gewonnene Gut, das der überlebende Theil vom verstorbenen ererbt, als Erbgut bezeichnen. Als Erbe des verstorbenen Ehegatten kann aber der überlebende unmöglich hinsichtlich des Theiles seiner Statutarportion betrachtet werden, an dem ihm schon während stehender Ehe ein ausschließliches Eigenthum zustand, während er zu dem, was er, als Inbegriff seiner Statutarportion, aus dem Separatvermögen des verstorbenen Theils empfängt, völlig wie jeder andere Intestaterbe dasteht, daher auch füglich als solcher bezeichnet werden darf[27]).

Wäre demnach anzunehmen, daß die aus wohlgewonnenem Gute bestehende Statutarportion in soweit für den überlebenden Theil zu Erb-

---

[26]) Vergl. Claen ad Thes. I. S. 770: „Ac *communionem* talem intelligi vult jure familiaritatis non autem *dominii*.“ Ferner: Heise u. Cropp l. c. II. Abh. 16. Gries l. c. II. S. 36—81.

[27]) Die ganze Ansicht, daß der überlebende Ehegatte hinsichtlich seiner Statutarportion niemals als Erbe des verstorbenen zu betrachten sei, scheint mir überhaupt aus dem früheren Mißverständnisse der ehelichen Güter-Verhältnisse hervorgegangen zu sein. Bei der Annahme einer nicht bloß äußerlichen Gemeinschaft kann freilich der überlebende Gatte niemals als Erbe betrachtet werden, da regelmäßig nur ein Theil dessen sein alleiniges Eigenthum wird, woran ihm schon früher ein Miteigenthum zustand, ein Grund der natürlich bei der entgegengesetzten Ansicht völlig hinwegfällt. Daher bezeichnet Schmitthenner (deutsches Güterrecht der Ehegatten S. 201) sehr richtig dasjenige, was dem überlebenden Theil aus dem Vermögen des Verstorbenen zufällt, als Erbtheil. Vergl. auch Glück l. c. VII. S. 104 Note 59.

gut werde, als sie, im Gegensatz zu solchen, in ihr enthaltenen Vermögenstheilen, an denen ihm schon während stehender Ehe ein alleiniges Eigenthum zustand, Theile desjenigen Gutes in sich schließt, die des verstorbenen Ehegatten alleiniges Eigenthum waren [28]), so scheint mir damit eine Ansicht erzielt zu sein, die nicht minder mit den Gesetzen in Einklang [29]), als praktisch ausführbar ist, während der Ansicht, der nur das beiderseitig ererbte Gut auch für den überlebenden Ehegatten Erbgut bleibe, der Art. G. 5, der Annahme dagegen, daß die ganze

---

[28]) Und dahin gehört, falls die Frau der überlebende Theil ist, Alles, was in ihre Statutarportion aus der ehelichen Errungenschaft übergangen, weil an dieser dem Manne das Eigenthum zustand. Vergl. Cropp l. c. II. S. 538—561.

[29]) Auch mit dem Art. 8 h. t. Denn wenn auch, nach der obigen Ansicht, die Bestimmung desselben, wäre sie nur auf Statutarportion zu beziehen, eine ganz überflüssige wäre, weil schon Alles, was in letztere aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten übergeht, für den überlebenden Ehegatten jedesfalls, zu Erbgut wird, so äußert dieselbe doch ihre Wirkung, hinsichtlich des Erbgutes, das der überlebende Theil über den Belauf seiner Statutarportion hinaus und zwar durch testamentarische Zuwendung (zu der es freilich des Consenses der anderweitigen Intestaterben bedürfte) vom verstorbenen Theile erhalten, denn dieses würde, der allgemeinen Regel nach, weil es aus Gunst und Zuneigung gegeben, kein Erbgut werden, muß jedoch, zufolge Art. 8 h. t. als solches betrachtet werden. Dagegen versteht es sich wohl von selbst, daß, wenn die eigentliche Statutarportion per testamentum hinterlassen wird, dies, hinsichtlich der Frage, in wie weit dieselbe zu Erbgut werde, nichts verändern kann, denn da der überlebende Ehegatte auf Hinterlassung des portio statutaria ein Notherbenrecht hat (§. 3 Note 54) so ist auch eine testamentarische Aussetzung derselben kein Vermächtniß aus Gunst und Zuneigung, sondern ein gemüssigtes, steht daher der obenerwähnten Hinterlassung der legitima völlig gleich.

Statutarportion zu Erbgut werde, außer dem erwähnten Art. 19 h. t., auch heut zu Tage, wo nicht blos Immobilien zum Erbgut zählen, eine völlige Unausführbarkeit gegenübersteht, weil sie zu dem Resultate führen würde, daß z. B. ein Ehemann, der während der Ehe nur selbsterworbenes Vermögen besaß, dennoch durch den Tod seiner Frau plötzlich auf so lange testirungsunfähig würde, bis er sich ein ganz neues Vermögen verdient hätte.

II. Ferner soll als Erbgut nach den Worten desselben Artikels betrachtet werden: Mit was Gute Eltern ihre Kinder oder die Freunde ihre nächsten Erben bei deren Wollmacht berathen und ausgesteuert haben.

Hinsichtlich der Personen, von denen dasjenige, was dieser Bestimmung zu Folge, auch wenn es inter vivos verliehen worden, zu Erbgut werden soll, herstammen muß, gilt, was das Wort „Freunde" betrifft, das bereits oben Bemerkte, weshalb denn die in Rede stehenden Zuwendungen der Regel nach nur dann für den Empfänger zu Erbgut werden, wenn sie von solchen Blutsverwandten herstammen, die ersterer, falls die Todesstunde der letztern mit dem Augenblicke der Schenkung zusammengetroffen wäre, ab intestato beerbt haben würde. Eine Ausnahme machen jedoch die entfernteren Ascendenten, weil diese überhaupt mit unter dem Ausdrucke „Eltern" begriffen werden [30]). Es muß daher auch das, womit Groß-

[30]) Vergl. z. B. die Anfangsworte des Art. 29 h. t.

eltern (Urgroßeltern ꝛc.) ihre Enkel, bei Lebzeiten der Eltern, berathen und ausgesteuert haben, mit zum Erbgute gezählt werden [31]).

Was bedeuten und worauf beziehen sich aber die, aus dem Stadtrechte von 1497 (K. 3) mit herübergenommenen Worte „bei deren Wollmacht"? Ihrer Stellung nach dürfen sie freilich nur auf die Kinder und Erben bezogen werden, weshalb man auch geneigt sein könnte, ihnen denselben Sinn beizulegen, in welchem in Part. III. Tit. 3. Art. 3 und 5 die Worte „wenn es die Zeit und ihre Jahre erfordern" zu verstehen sind. Allein in der Bedeutung von Erwachsenheit oder Volljährigkeit werden die Worte „bei deren Wollmacht" überall nicht gebraucht, indem sie immer nur den Zustand des Lebens überhaupt bezeichnen [32]). Können dieselben daher auch hier nur für gleichbedeutend mit inter vivos, wie sie auch Schreining und Joach. Müller [33]) übersetzen, genommen werden, so ergiebt sich daraus von selbst, daß sie nicht auf die Kinder und Erben, sondern auf die Eltern und Freunde zu beziehen, daher auch nur als Gegensatz zu dem, was Jemandem „durch tödtliche Fälle" angefallen, zu betrachten sind. Allein daß nicht alle von den bezeichneten Personen herrührenden Geschenke zu Erbgut werden, wird in den Schlußworten des Artikels „aber was sonst aus

---

[31]) Vergl. Joachim Müller ad Thes. II. S. 753.

[32]) So Part. I. Tit. 34. Art. 13, wo „bei seinem Leben und Wollmacht" offenbar tautologisch steht.

[33]) Ad Thes. I. S. 1013 u. II. S. 753.

sonderlicher Gunst und Zuneigung gegeben wird... das darf man für kein Erbgut nehmen" ausdrücklich bestimmt. Es fragt sich daher, auf welche Gaben die Worte „berathen und ausgesteuert" ausschließlich zu beziehen sind.

Daß dieselben mehr als die bloße Aussteuer im engern Sinne, d. h. das einem Frauenzimmer mitgegebene Heirathsgut umfassen, liegt nahe, da unser Artikel von Kindern und Erben überhaupt, also auch von männlichen Personen, redet, wie denn an anderen Stellen das Statut selbst unter der Bezeichnung „Brautschatz" die donatio propter nuptias nicht minder als die dos versteht[34]). Allein ein allgemeines Princip aufzustellen hält schwer, da die Collation keinen Maßstab abgeben kann, indem nicht Alles, was nach Part. III. Tit. 5 derselben unterworfen ist, hierher gerechnet werden darf. Denn zu ersterem gehören nach Art. 5 auch alle eigentlichen Angebinde und „überflüssige Unkosten", mithin gerade dasjenige, was nach den Schlußworten unsers Artikels nicht zu Erbgut werden soll.

Demnach wäre im Einzelnen aufzuzählen, was unter die erwähnten Bezeichnungen fallen dürfte, wobei dann, da das Wort „ausgesteuert" sich, wie gezeigt, überhaupt auf alles zum Zwecke der Verheirathung Gegebene bezieht, nur fraglich bliebe, was unter die,

---

[34]) Part II. Tit. 5 Art. 11. Tit. 11. Art. 3. Vergl. Gries l. c. II. S. 152.

offenbar weitere Bezeichnung „berathen" subsumirt werden muß. Daß nun zuvörderst unter derselben

1. Alles begriffen ist, was zu einem ähnlichen allgemeinen Zwecke, wie das Heirathsgut, z. B. zur Etablirung eines Geschäftes oder separaten Haushaltes gegeben worden, leidet kein Bedenken, da der Umstand, daß solches nicht zu den nothwendigen Gaben der Eltern an ihre Kinder [35]) gerechnet werden kann [36]), die hier in Rede stehende Frage nicht berührt, weil die Nothwendigkeit der Gabe, eben so wenig wie die Collationspflichtigkeit, das allgemeine Unterscheidungszeichen sein kann, weil sonst auch Alles, was nach Part. III. Tit. 5. Art. 4, im Gegensatz zu den „überflüssigen Unkosten" des Art. 5, als nothwendige Ausgaben bezeichnet wird [37]), daher z. B. Kleider, Unterrichtsgegenstände, wofern es noch existirte, als Erbgut betrachtet werden müßte.

2. Sodann werden auch, als mit unter den Ausdruck „berathen" fallend, alle Arten Abfindungs- und Abschichtungsgelder [38]) für den Empfänger als Erbgut zu betrachten sein, da einerseits das Kind, das vom überlebenden Ehegatten abgeschichtet wird, den ihm gebührenden Antheil kraft seines gesetzlichen

---

35) Vergl. §. 20 sub No. II, 3.

36) Vergl. das O.-A.-gerichtl. Erk. bei Gries l. c. II S. 252.

37) Vergl. Gries l. c. II. S. 318 in fine.

38) v. d. Fecht ad Thes. I. S. 938: Et pactiones seu assignationes, a parente binubo (trinubo, trinuba) liberis prioris metrimonii factae, etiam res sunt hereditariae. Vergl. auch Schreining ad Thes. I. S. 1013.

Anrechtes an die Erbschaft des parens prædefunctus bekommt, andererseits der, welcher auf Grund eines renuntiativen Erbvertrages zufrieden gestellt wird, gleichfalls das ihm Zufallende nur auf Grund seines dereinstigen Intestaterbrechtes erhält [39].

Alles was nun, als unter die Worte „ausgesteuert und berathen" fallend, dem Obigen zu Folge, zu Erbgut wird, das erhält diese Qualität aus dem einfachen Grunde, weil jedesmal, den später eintretenden Folgen nach, eine entweder völlige oder theilweise Vorausbezahlung auf die Intestaterbschaft [40], die ja jedenfalls zu Erbgut werden würde, vorliegt. Daß dies auch bei dem Heirathsgute und der oben sub No. 2 erwähnten Aussteuer der Fall sei, ergiebt sich daraus, daß beide der Collation unterworfen sind; ja die letztere wird in Part. III. Tit. 5. Art. 3 ausdrücklich als „vorgestreckt" d. h. auf den künftigen

---

[39]) Vergl. Pauli l. c. I S. 73 u. 75.

[40]) Vergl. Schreining ad Thes. I. S. 1013. Hoc enim anticipando adest, demum post mortem eorum accepissent. Was aber, hinsichtlich seiner Folgen, einer Vorausbezahlung auf den späteren Erbtheil vergleichbar ist, ist damit noch keine successio anticipata selbst. Denn stünde auch nicht der Grundsatz „*hereditas* viventis non datur" entgegen, so würde eine solche doch immer nur bei einer Vertheilung des ganzen Vermögens, nie aber bei einem bloßen Abfindungsvertrage, am wenigsten bei der Abschichtung eines Kindes vorliegen, da letzteres immer ein eventuelles Intestat- und selbst Notherbenrecht behält (§. 10. sub No. II), daher bei der gegentheiligen Annahme unter Umständen eine und dieselbe Person zweimal beerben würde. Vergl. Heise und Cropp l. c. II. S. 279 und Beseler l. c. III. S. 327.

Erbtheil zum Voraus gegeben [41]), bezeichnet. Bei den Abfindungs- und Abschichtungsgeldern ergiebt sich dagegen ein gleiches Verhältniß von selbst, da sowohl der abgefundene Intestaterbe als das abgeschichtete Kind, je nachdem die Abfindung oder Abschichtung eine völlige oder theilweise war, ihren Erbanspruch ganz oder theilweise verlieren [42]), weshalb es denn als ganz natürlich erscheinen würde, wenn Alles, was für den Empfänger später, d. h. nach dem Tode des Gebers, jedenfalls zu Erbgut geworden wäre, diese Eigenschaft auch dann erwürbe, wenn die Verleihung schon inter vivos erfolgt. Allein um diesen Grundsatz als Regel aufzustellen, müßte man schon, wie oben gezeigt, alle diejenigen Gaben, die nicht mit unter die Worte „ausgesteuert und berathen" subsumirt werden dürfen, als Ausnahme von derselben betrachten.

III. Endlich ist noch zur vollständigen Feststellung dessen, was nach heutigem Recht als Erbgut zu betrachten, der Frage zu gedenken, ob und in wie weit, bei der heut zu Tage inter vivos, wenn auch nicht gesetzlich, doch einem längst sanctionirten Gewohnheitsrechte zu Folge [43]), verstatteten Veräußerung des

---

[41]) So nimmt es auch das, Note 35 citirte, O-A-gerichtl. Erk. Vergl. Gries l. c. II. S. 316 Note **).

[42]) Denn das abgeschichtete Kind muß auch dann, wenn es nicht mit unabgeschichteten Kindern concurrirt, mindestens das bereits Empfangene, je nach den Umständen, entweder conferiren, oder sich in seine legitima einrechnen lassen.

[43]) Vergl. §. 7.

Erbgutes, das wohlgewonnene Gut den Erbgutsberechtigten statt des veräußerten Erbgutes verhaftet sei.

Diese, für das heutige Recht so gewichtige Frage, konnte, so lange das ältere Recht galt, begreiflicher Weise gar nicht entstehen, denn nach ihm haftete die Erbgutsqualität an der ererbten Sache selbst, welches Princip auch um so leichter durchzuführen war, als, wie schon bemerkt, nur Immobilien zum Erbgute zählten. War daher das ererbte Immobile entweder mit Consens der Erbgutsberechtigten, oder, in Folge der ehehaften Noth [44]), ohne denselben veräußert, so war damit zugleich der Anspruch der Erbgutsberechtigten in so weit erloschen, denn ein später etwa erkauftes Immobile, selbst das für den Kaufschilling des erstern entstandene, war ein anderes als das veräußerte, an dem allein die Erbgutsqualität gehaftet, konnte daher auch nicht als Erbgut betrachtet werden. Als sich aber, wie erwähnt, das ältere Recht dahin geändert hatte, daß man auf der einen Seite nicht blos Immobilien, sondern Alles, was ererbt war, als Erbgut betrachtete, auf der anderen dagegen dem Lebenden eine freie Disposition über das Erbgut verstattete, mußte natürlich das ältere Princip, nach welchem die Erbgutsqualität nur an dem ererbten Gegenstand selbst haftete, einer Veränderung unterliegen, da die Festhaltung desselben offenbar das ganze

[44]) Vergl. Stadtrecht von 1270, I. 8: id en sy also, dat id eme not do.

Erbgüterrecht seiner letzten Stütze beraubt hätte, indem alsdann eine bloße Umwechselung der einzelnen Geldstücke, in denen der Erbtheil ausgezahlt worden, auch über die allein noch bestehende Beschränkung, die der letztwilligen Disposition, hinweggeholfen hätte. So kam man denn bald dazu, den aus der Veräußerung einer ererbten Sache gelösten Kaufschilling wiederum als den Erbgutsberechtigten haftend zu betrachten, ohne sich deshalb klar darüber zu werden, daß es, bei der bezeichneten Umwandlung des ganzen Erbgüterrechts überhaupt, auch hinsichtlich dieses Punktes der Feststellung eines neuen, sich aus den veränderten Verhältnissen von selbst ergebenden Princips bedürfe, nämlich dessen, daß die Erbgutsqualität nicht mehr wie früher an der ererbten Sache selbst, sondern lediglich an dem Betrage des Werthes derselben zur Zeit des Anfalls der Erbschaft hafte, daß daher keine Veräußerung, noch überhaupt ein die Sache selbst treffendes Ereigniß den Betrag dessen, was dereinst den Erbgutsberechtigten ungeschmälert hinterlassen werden muß, weder vermehren noch verringern könne [45].

Und in der That wäre dieses Princip das einzige den veränderten Verhältnissen angemessene, ja das

---

[45]) *Paridom Anckelmann* (de hered. ab intest. per consens. in test. imperf. bon. hered. non alienante §. 25) kommt der Auffassung dieses Principes durch Aufstellung der Regel, daß die Erbgutsberechtigten eher kein wohlgewonnenes Gut statuiren bis das völlige Erbgut herbeigeschafft worden, am nächsten. Allein auch er sieht sich genöthigt, sofort die Ausnahmen von dieser Regel folgen zu lassen.

einzige, das sich mit Consequenz, und zwar ohne Benachtheiligung irgend Jemandes, durchführen ließe. Denn wenn z. B. Jemand ein ererbtes Haus, das beim Anfall der Erbschaft 20,000 ₰ werth war, später, wegen günstiger Conjuncturen, zu 40,000 ₰ verkäuft, so würde doch die Annahme, daß dessen ungeachtet nur die 20,000 ₰, die das Haus, als der Verkäufer es ererbte, werth war, als Erbgut zu betrachten sein, die Erbgutsberechtigten in keiner Weise benachtheiligen, weil doch unmöglich die glücklichen Umstände, unter denen der vortheilhafte Verkauf des Hauses möglich ward, als Pertinenz desselben oder als mitererbt betrachtet werden können, ja um so weniger, da der zur freien Disposition berechtigte Eigenthümer es schon früher zu einem geringeren Preise hätte verkaufen können. Eben so wenig würde sich aber der Erbgutsbesitzer beklagen können, wenn man das Erbgut noch in demjenigen Werthe, den ein ererbter, aber durch casus untergegangener Gegenstand zur Zeit des Anfalls der Erbschaft gehabt, als existirend betrachtete, weil eben jedes zufällige Ereigniß, einerlei ob es die Sache verbessert, verschlechtert oder ganz vernichtet, im Grunde nicht die Sache selbst, sondern den Eigenthümer derselben trifft.

An diesem Principe hat jedoch die Praxis, eben so wenig wie an dem des älteren Rechts festgehalten, was denn, da beide begreiflicher Weise nicht zu vereinigen, eine gänzliche Principlosigkeit herbeigeführt, nach welcher auf der einen Seite jeder Kaufpreis des

veräußerten Erbgutes wiederum als Erbgut betrachtet wird, auf der anderen dagegen jede Veräußerung desselben, durch welche das wohlgewonnene Gut nicht direct oder indirect vermehrt wird, sowie jeder den ererbten Gegenstand treffender casus niemals aus dem wohlgewonnenen Vermögen reparirt zu werden braucht.

Um nun diesem durch die Praxis festgestellten Verhältnisse mindestens einiger Maßen eine theoretische Basis zu geben, muß man beide Principien, nach welchen die Erbgutsqualität entweder an der Sache selbst oder an dem Werthe derselben haftet, weil sie neben einander nicht existiren können, als der Zeit nach ineinandergreifend betrachten, daher das ganze Verhältniß dahin auffassen: So lange die ererbte Sache sich noch im Eigenthum des Erben befindet, so lange trifft, dem älteren Principe gemäß, jedes lucrum oder damnum auch die Sache selbst, vermehrt oder verringert daher auch das Quantum dessen, was dereinst den Erbgutsberechtigten zu hinterlassen ist. Sobald jedoch die Sache einmal aus dem Eigenthum des Erben herausgetreten ist, hört dieser Grundsatz auf, es bestimmt daher, ersterer mag nun die Sache später wieder an sich bringen oder nicht, allein der derzeitige Werth der durch die Veräußerung etwa bewirkten Vermehrung des wohlgewonnenen Gutes, die Summe dessen, was von da an unverändert bis zum Tode des Veräußerers als Erbgut gilt; welches Resultat mit der von Gries aufgestellten Regel: „das Erbgut ist noch als vor-

handen zu betrachten, obgleich es nicht mehr da ist, wenn das wohlgewonnene Gut weniger betragen würde, falls das Erbgut noch da wäre [46])," auf einen Punkt zusammenläuft [47]).

[46]) Vergl. Gries l. c. II. S. 143. — Diese Regel wird auch von Pauli (l. c. III. S. 236 in fine) als richtig anerkannt, jedoch mit der Beschränkung, daß, falls die Veräußerung eine solche war die auch nach älterem Rechte nicht gehindert werden konnte (eine Veräußerung aus ehehafter Noth) alsdann das später gewonnene Vermögen das veräußerte Erbgut nicht zu decken brauche, weil kein Beispiel vorhanden, daß nach älterem Recht ein, nach der Veräußerung aus ehehafter Noth, wieder erkauftes Erbe gleichfalls als Erbgut betrachtet sei. Allein so wenig letztere Behauptung zu bestreiten, so wenig dürfte die aus ihr für das heutige Recht gefolgerte Beschränkung der obigen Regel neben dieser selbst bestehen können. Denn wenn z. B. Jemand sich genöthigt sieht, sein Erbtheil zu verzehren, so ist das eine Veräußerung aus ehehafter Noth, die er daher nicht vom später erworbenen Vermögen zu repariren brauchte. Allein letzteres ist doch offenbar ein größeres, als es sein würde, wenn der Erbtheil nicht verzehrt wäre, denn alsdann müßten aus ihm die nothwendiger Weise, contrahirten Schulden bezahlt werden. Zudem bin ich auch im Stande, dafür, daß mindestens in Hamburg die Ansicht Pauli's nicht die herrschende gewesen, einen Beleg beizubringen. In den, dem zweiten Bande des Thesaurus angehängten „Allerhand observationes des Ober- und Niedergerichts" heißt es S. 933: „Quid dicendum, wenn Einer Erbgut gehabt und solches ... zu seiner nöthigen Unterhaltung verzehren müssen und nachmals wieder durch Gottes Segen und fleißiges Ersparen Gut gewonnenen hat, und davon testiren oder pro lubitu davon auf den Todesfall disponiren wollte — an licitum? Communis opinio fuit Anno 1696 mense Augusto, quum haec quaestio ventilaretur, daß aus dem wohlgewonnenen Gute zuvörderst der Verlust und Abgang an dem gehabten Erbgut ersetzet werden müsse. Quo facto ist damit nach dem Stadtbuch zu verfahren und das Erbgut den nächsten Erben ungeschmälert zu lassen."

[47]) Wie unbefriedigend aber auch dieses Resultat für den Verstand bleibt, mag folgendes Beispiel zeigen: Ein Vater hinterläßt seinen

Das Resultat dieses Paragraphen überhaupt läßt sich folglich dahin zusammenfassen: Erbgut ist:

1) Alles was Jemand ab intestato ererbt hat.

2) Das in die Statutarportion des überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des verstorbenen übergehende Gut, so wie auch jede über den Belauf der erstern hinausreichende testamentarische Zuwendung des einen Gatten an den andern, sobald diese solche Güter umfaßt, die schon für den testirenden Theil Erbgut waren.

3) Die von Ascendenten, oder denjenigen Blutsverwandten, deren präsumtiver Intestaterbe man ist, zu Zwecke der Heirath oder der Etablirung gegebene Aussteuer.

4) Das Gut, womit Kinder vom längstlebenden parens abgeschichtet werden.

5) Was ein präsumtiver Intestaterbe aus einem renuntiativen Erbvertrage erhält, so wie endlich

6) Alles was, als Äquivalent für veräußertes Erbgut, als an die Stelle des letztern tretend betrachtet wird.

---

beiden Söhnen, A und B, 20,000 ℔ und ein Erbe von gleichem Werthe. A nimmt bei der Erbtheilung das Erbe zu sich, während B für die auf seinen Theil gefallenen 20,000 ℔ das Nachbarhaus ankäuft. Später verkaufen beide Brüder ihre Erben und zwar jeder das seine zu 40,000 ℔. Obwohl nun der Erbtheil eines jeden nur 20,000 ℔ gewesen, so muß doch A, weil er, in Bezug auf sein Erbe, nicht wie sein Bruder hinsichtlich des seinigen, völlig, sondern nur hinsichtlich der idealen Hälfte desselben, die ursprünglich diejenige seines Bruders war, als Käufer zu betrachten seinen Erbgutsberechtigten 30,000 ℔ hinterlassen, während das Erbgut des B immer nur 20,000 ℔ beträgt.

§. 5.

III. Wem muß es hinterlassen werden?

Zu den Erbgutsberechtigten, d. h. den Personen, welchen ein Testator sein Erbgut ungeschmälert hinterlassen muß, gehören vor Allem diejenigen seiner erbfähigen Blutsverwandten, die ihm ab intestato auch in seine wohlgewonnenen Güter succedirt haben würden [1].

Ob jedoch der überlebende Ehegatte und mit ihm diejenigen zur Intestatsuccession Berufenen, die wie er ein Anrecht auf einen aliquoten und, der Regel nach, von der Zahl der Miterben unabhängigen Theil der ganzen Verlassenschaft haben, wie das uneheliche Kind und dessen Mutter hinsichtlich ihres sextans, erbgutsberechtigt seien oder nicht, d. h. ob sie, nach dem Verhältniß der Größe ihrer Quote, gleich den eigentlichen Intestaterben ein unbedingtes Anrecht auf die Erbgüter haben, oder ob sie dieselben nur bedingungsweise, d. h. für den Fall, daß das

---

[1]) Welche Personen dies in jedem einzelnen Falle sind, kann, als in's Intestaterbrecht gehörend, hier natürlich nicht erörtert werden. Daß übrigens nach heutigem Rechte, wo das alte Inhibitionsrecht nicht mehr existirt, nur die jedesmaligen nächsten Intestaterben zugleich erbgutsberechtigt sind, versteht sich von selbst, weshalb denn die Frage, ob auch früher nur den in concreto nächsten Erben jedes Grades oder ob auch entfernteren Verwandten das Widerspruchsrecht zugestanden, das heutige Recht gar nicht berührt. Doch scheint letztere von v. Sydow (l. c. S. 219) aufgestellte Ansicht auf einem Irrthume zu beruhen. Vergl. darüber: Pauli l. c. I. S. 140—147.

beim Tode des Erblassers vorhandene Vermögen nicht so viel wohlgewonnenes Gut enthält, daß sie von diesem wegen ihres Anspruches völlig befriedigt werden können, zu fordern berechtigt sind, kann zweifelhaft erscheinen. Daß sie aber, falls nur letzteres der Fall sein sollte, gar nicht als erbgutsberechtigt zu betrachten sind, versteht sich von selbst, denn sonst müßte man auch z. B. den Erbschaftsgläubiger, der gleichfalls, wenn das wohlgewonnene Gut nicht hinreicht, aus den nachgelassenen Erbgütern befriedigt werden muß [2]), als erbgutsberechtigt betrachten.

I. Was zuvörderst den überlebenden Ehegatten betrifft, so wird sich die in Rede stehende Frage am leichtesten an einem gegebenen Beispiele verdeutlichen: A hinterläßt, neben 20,000 ₰ wohlgewonnenem und 2000 ₰ Erbgut, eine Ehefrau B und einen Brudersohn C. Daß es sich nun hier nicht darum handelt, ob die B ihre Statutarportion nur vom wohlgewonnenen Gute, mithin nur die Hälfte des letztern mit 10,000 ₰, oder ob sie dieselbe von beiden Gütern, also 11,000 ₰ bekomme, versteht sich wohl von selbst. Vielmehr bekommt sie, man halte sie nun für erbgutsberechtigt oder nicht, jedenfalls 11,000 ₰ und nur das ist fraglich: bekommt sie 11,000 ₰ wohlgewonnenes Gut, oder bekommt sie 10,000 ₰ des letztern und dazu 1000 ₰ Erbgut?

Aus diesem Beispiele zeigt sich nun zuvörderst, daß die ganze Frage, abgesehen von ihrem möglichen

---

[2]) Vergl. §. 20 sub No. II. 1.

Einfluß auf die nachherige Testirungsbefugniß der verschiedenen Erben, für die Intestatsuccession nur dann sofort von practischem Interesse sein kann, wenn das Erbgut nicht in baarem Gelde, sondern in solchen Immobilien oder Mobilien besteht, die für beide Theile, den überlebenden Ehegatten sowohl als die anderweitigen Intestaterben, einen besondern Affectionswerth haben. Desto gewichtiger ist aber dieselbe für die testamentarische Succession, wie gleich die folgende Variation des obigen Beispieles zeigen wird: A hinterläßt ein Testament, in welchem er sagt: mein Erbgut soll seinen rechten Gang gehen, mein wohlgewonnenes Gut aber vermache ich, so weit es nicht gesetzlich meiner Ehefrau zufällt, dem X. Hier würde nun die B, falls sie nicht erbgutsberechtigt wäre, 11,000 ₰ wohlgewonnenes Gut als Statutarportion bekommen, der C daher die 2000 ₰ Erbgut, folglich der Testamentserbe nur 9000 ₰. Wäre jedoch die B erbgutsberechtigt, so würde sie als portio statutaria 10,000 ₰ wohlgewonnenes und 1000 ₰ Erbgut, folglich C nur 1000 ₰ Erbgut, X dagegen 10,000 ₰ erhalten. Die Bedeutsamkeit der ganzen Frage liegt mithin auf der Hand, weshalb denn auch eine Entscheidung derselben durchaus nothwendig wird.

Für's erste scheint nun für die Ansicht, daß dem überlebenden Ehegatten auch dann, wenn das wohlgewonnene Gut zur Completirung der Statutarportion hinreicht, jedenfalls ein Anrecht auf einen verhältnißmäßigen Theil des zum bisherigen ehelichen Gesammtvermögen gehörenden Erbgutes, einerlei von

welcher Seite dasselbe herstamme, zuzuerkennen sei, ein sehr gewichtiger Umstand zu sprechen, nämlich der, daß nach älteren Stadtrechten nicht nur bei uns [3]), wo auch der überlebenden Ehefrau, nicht minder als dem männlichen Gatten, ein Notherbenrecht hinsichtlich ihrer Statutarportion zustand [4]), sondern selbst an solchen Orten, wo (wie z. B. in Lübeck) der Ehemann die Befugniß hatte, die Statutarportion seiner Frau letztwillig auf ihre Paraphernalien zu reduciren [5]), die Disposition des ersteren über das im ehelichen Gesammtvermögen sich befindende Erbgut dessenungeachtet nicht minder als an den Consens seiner anderweitigen Intestaterben, an den seiner Ehefrau gebunden war [6]). Hieraus könnte denn gefolgert werden, daß die Ehefrau auch an solchen Orten, wo sie nicht unbedingt portionsberechtigt war, doch, wie aus der Nothwendigkeit ihres Consenses bei Veräußerung von Erbgut zu schließen, als erbgutsberechtigt gegolten [7]), beide Ehegatten daher nach älterem Rechte überhaupt als unbedingte Erbgutsberechtigte betrachtet seien, was denn, da das neuere Recht keine gegentheilige Bestimmung enthält, auch noch heute anzunehmen wäre.

---

[3]) Vergl. das älteste St.-E.-B., wo es z. B. S. CLXXXI heißt: N. resignavit Marquardo ... dimidiam hereditatem . . . consentiente *uxore* ipsius.

[4]) Vergl. §. 3 Note 54.

[5]) Pauli l. c. II. S. 84—88 u. 217—224.

[6]) Heise und Cropp l. c. II. S. 472. Note 32. Pauli l. c. I. S. 138.

[7]) Pauli l. c. I. S. 137.

Allein es ist hier wohl zu beachten, daß dieser Consens der Ehefrau füglich schon deshalb als erforderlich betrachtet werden konnte, um dieselbe hinsichtlich ihrer Paraphernalien, die ihr ja der Mann auch an den Orten, wo sie hinsichtlich ihrer Statutarportion kein Notherbenrecht hatte, niemals letztwillig entziehen durfte, sicherzustellen. Sodann ergiebt sich auch aus den von Pauli citirten Inscriptionen des Lübeckischen Ober-Stadtbuches, daß dieser Consens der Ehefrau nicht blos bei ererbten, sondern auch bei wohlgewonnenen Immobilien des Mannes vorgekommen [8]. Scheint daher nach Lübischem Recht, sei es nun aus welchem Grunde es wolle, der Consens der Ehefrau überhaupt zur Veräußerung von Immobilien nothwendig gewesen zu sein, so läßt sich aus diesem Umstande um so weniger ein allgemeiner Schluß auf die Erbgutsberechtigung des überlebenden Ehegatten ziehen, als der Sachsenspiegel (Buch I. Art. 52) in den Worten

> daz wiph unde daz ingesinde..... ne mogen noch ne muzen des mannes gabe nicht wederspreken [9].

der Ehefrau geradezu das Inhibitionsrecht abspricht, und auch das Stadtrecht von 1270, wo es im Art. I. 20 heißt:

---

[8]) Pauli l. c. I. S. 139.

[9]) Beiläufig: die doppelte Negation ne — nicht wird in der Sprache des Sachsenspiegels ganz wie das französische ne-pas gebraucht. Vergl. Anderson l. c. I. S. 35.

werd ener vrouwen erve medde geven..
offte werd van ereme gude erve kofft,
dat erve ne mag ere man nicht versedden
edder uplaten ane ere vull-bort und ere
iawort,

ihr solches allein hinsichtlich der zu ihrem Separatvermögen gehörenden Immobilien [10]), jedoch ohne Rücksicht darauf, ob dieselben ererbt seien oder nicht, zuzugestehen scheint [11]).

Ist daher nach topischem Rechte für den überlebenden Ehegatten nichts weiter gesetzlich zu erweisen, als ein durch testamentarische Disposition nicht zu entziehendes Anrecht auf einen aliquoten Theil des ganzen bisherigen ehelichen Gesammtgutes, so kann derselbe, in soweit er als Erbe des verstorbenen Theils erscheint, ein Hereinziehen des zum Nachlasse des letztern gehörenden Erbguts in seine Statutarportion nur dann verlangen, wenn dies zur Completirung derselben nothwendig wird [12]), folglich auch

---

[10]) Vergl. v. Sybow l. c. S. 205 Note 617.

[11]) Daß der Consens des Mannes dagegen bei Erbgutsveräußerungen abseiten der Frau stets nothwendig war, giebt dem Verhältnisse desselben hinsichtlich der hier in Rede stehenden Frage durchaus keine andere Stellung. Denn dieser überhaupt zu jeder Veräußerung der Frau erforderliche Consens des Mannes hatte, wie noch heute, seinen Grund lediglich in der dem letzteren zuständigen ehelichen Vogtschaft.

[12]) Dieses scheint auch die Ansicht von Cropp (l. c. II. S. 565) zu sein, wenn er sagt: und kann es hiedurch herbeigeführt werden, daß, wenn nicht die zur Befriedigung des andern Ehegatten... erforderliche Quantität von wohlgewonnenen Gütern in der Ehe vorhanden ist, hierzu ein Theil der dem andern (verstorbenen) Ehegatten angefallenen Erbgüter verwandt werden muß.

im eigentlichen Sinne **nicht als erbgutsberechtigt** betrachtet werden.

Damit ist aber keineswegs ein verhältnißmäßiges **directes** Anrecht des überlebenden Theils auf dasjenige, im bisherigen Gesammtvermögen der Ehegatten befindliche Erbgut, welches derselbe **selbst** entweder in die Ehe gebracht oder während derselben ererbt hat, ausgeschlossen. Allein so wenig dieses Recht, in Folge des bereits erwähnten und durch den oben citirten Art. I. 20 des Stadtrechtes von 1270 in's hellste Licht gestellten Vermögens-Verhältnisses der Ehegatten zu einander, dem überlebenden Theile abgesprochen werden kann, so wenig kann letzterer, seinem verstorbenen Ehegatten gegenüber, deshalb als erbgutsberechtigt erscheinen, da er ja hinsichtlich derjenigen Güter, an welchen ihm schon während stehender Ehe ein alleiniges Eigenthum zustand, und die nach Auflösung derselben nur so lange, als es sich um Ermittelung des **Quantums** der Statutarportion handelt, mit dem nachgelassenen Gute des verstorbenen Theils als eine auch innerlich verbundene Masse betrachtet werden [13]), überhaupt niemals als **Erbe** seines conjux prædefunctus erscheinen kann.

Falls daher dem Obigen zu Folge der überlebende Ehegatte kein Erbgut in die Ehe gebracht, oder während derselben ererbt hat, so bekommt er seine Statutarportion, so lange das gesammte wohlgewonnene Gut zureicht, nur von diesem, vom Erb-

---

[13]) Vergl. **Cropp** l. c. II. S. 529 in fine.

gute des verstorbenen Theils aber nur dann und in so weit, als ein Hereinziehen desselben in die Statutarportion erforderlich wird. Im entgegengesetzten Falle kann er jedoch verlangen, daß ihm das von ihm selbst eingebrachte oder während stehender Ehe angefallene Erbgut je nach den Umständen ganz oder theilweise in die Statutarportion eingerechnet werde. Beträgt ersteres daher weniger als letztere, so bekommt er das Fehlende vom wohlgewonnenen Gute zu, beträgt ersteres dagegen mehr, so bekommt er davon nur so viel, als das Maaß seiner Statutarportion verlangt und muß das Übrige den Erbgutsberechtigten des verstorbenen Theiles lassen, welches Verhältniß, hinsichtlich der Vertheilung, freilich dann seine Schwierigkeiten hat, wenn das, die Statutarportion übersteigende Erbgut des überlebenden Ehegatten in einem untheilbaren Gegenstande besteht. Zur Beseitigung derselben wird man wohl ersterem, falls dieser den Überschuß in Gelde zurückzuzahlen im Stande ist, alsdann die Sache zusprechen müssen, wenn das Quantum seiner Statutarportion mindestens die Hälfte des Werthes der erstern übersteigt [14]), im umgekehrten Falle aber, oder wenn er nicht im Stande wäre, den Überschuß zurückzuzahlen, den Erbgutsberechtigten des verstorbenen Theils. Sollte aber, bei vorhandener Fähigkeit zur Zurückzahlung des Mehrbetrages, der Betrag der Statutarportion gerade mit dem halben Werthe der Sache äqual sein, so dürfte eine durch Losung

---

[14]) l. 34 §. 2. C. de donat. (8. 54).

herbeigeführte Entscheidung[15]) als letztes Auskunftsmittel betrachtet werden müssen.

Übrigens ergiebt sich, wie hier noch bemerkt werden mag, aus dem ganzen Umstande, daß unter den erwähnten Voraussetzungen einerseits das Erbgut des verstorbenen Ehegatten in die Statutarportion des überlebenden, andererseits das des letzteren in den Erbtheil der anderweitigen Intestaterben des verstorbenen Theils übergehen kann, die Nichteristenz eines jus revolutionis im topischen Erbrecht, daher die Unhaltbarkeit der im gewöhnlichen Leben herrschenden Ansicht, als ob das Erbgut, gleich den adeligen Familien-Fideicommissen, nothwendig in der Familie erhalten werden müsse, aus der es herstammt[16]). Denn da sowohl das in die Statutarportion des überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des verstorbenen übergehende, als das aus dem Vermögen des ersteren auf die Intestaterben des letzteren fallende Erbgut auch für die Empfänger Erbgut verbleibt, folglich der letztwilligen Disposition derselben entzogen ist, wird ersteres, falls aus der durch den Tod getrennten Ehe keine Nachkommenschaft hin-

---

[15]) Vergl. Part. III. Tit. 5 Art. 2.

[16]) So sagen schon v. d. Fecht und Schlüter (ad Thes. I. S. 938 u. II. S. 183.) „Erbgut geht den Erbgang und wird nicht betrachtet, woher es komme, nec attenditur regula: paterna paternis et materna maternis deberi.“ Vergl. auch: Cropp l. c. II. S. 566 Note 234 und Westphalen zu Gries l. c. II. S. 154. Selbst nach dem adeligen Stammgutssystem wird ein Fallrecht nur da angenommen, wo solches durch ein Hausgesetz oder durch Familienobservanz festgestellt ist. Vergl. Eichhorn l. c. §. 367 Note a.

terlassen, letzteres dagegen regelmäßig einer anderen Familie anheimfallen müssen, als aus welcher es ursprünglich herstammt. Dasselbe Resultat kann denn auch noch durch andere Verhältnisse erzeugt werden, z. B. wenn ein Adoptivsohn in die Erbgüter seines Adoptivvaters succedirt und später von seinem leiblichen Vater beerbt wird.

II. Von nicht unbedeutender praktischer Wichtigkeit ist die Frage nach der Erbgutsberechtigung des unehelichen Kindes und seiner Mutter, ihrem Erzeuger, resp. Concumbenten gegenüber.

Es ist bekannt, daß nach älterem deutschem Rechte die uneheliche Geburt nicht blos eine levis nota, sondern einen völlig rechtlosen Zustand erzeugte[17]. Mit dieser Rechtlosigkeit war denn auch, wenn auch nicht als Folge derselben[18], sondern aus dem Grunde, weil nur eine durch legitime[19] Ehe erzeugte Verwandtschaft überhaupt als solche anerkannt ward[20], eine, nur im Verhältniß zur eigenen Descendenz eine Ausnahme findende[21], sowohl active als passive

---

17) Sachsensp. I. 38. Alle die in unecht geboren sin.. die sin.. rechtlos. Vergl. Marezoll: Ueber die bürgerliche Ehre. S. 303.

18) Pauli l. c. III. S. 22—25.

19) Der legitimen Ehe steht hier jedoch auch nach deutschem Recht die putative gleich. Vergl. Sachsensp. III. 27.

20) Vergl. Pauli l. c. III. S. 14 Note 32 u. v. Sydow l. c. S. 18.

21) Schwabensp. (nach der Ausg. v. Wackernagel) Art. 42, gewinnent aber si ekint, diu erbent ir mage wol. Vergl. auch denn s. z. vermehrten Sachsensp. Buch I. Cap. 5 dist. 2. (bei Ortloff S. 20), das Magdeburger- [Görlitzer] Recht §. 146 (in der Ausg. v. Gaupp S. 315), das Eisenacher Recht I. 1 (bei Ortloff S. 467 in fine) so wie die Nürnberger Reformation Tit. 34. Gesetz 8 in fine.

Successions-Unfähigkeit verbunden. Es konnte daher das uneheliche Kind [22]) eben so wenig seine Ascendenten von mütterlicher als die von väterlicher Seite beerben oder von ihnen beerbt werden [23]).

Dieses deutschrechtliche Princip, das sich denn auch in unseren älteren Stadtrechten, nach welchen nur die in legitimer Ehe, echteschup [24]), erzeugten Kinder (de echte kindere sind) für successionsfähig erklärt werden [25]), ward nach Verbreitung des römischen Rechtes sehr bald in so weit verdrängt, daß man, abgesehen von der Zulassung der bis dahin unbekannten Legitimation [26]), dem unehelichen Kinde,

[22]) Ueber die verschiedenen Arten derselben vergl. v. Sybow l. c. S. 48—51.

[23]) Sachsensp. I. 51: die unelich geborn sint, erbent kein gut von iren magen. Vergl. auch Schwabensp. Art. 38.

[24]) Der Sachsenspiegel (III. 27) nennt die rechtmäßige Ehe blos echte. Ihr gegenüber steht die gesetzwidrige Geschlechtsverbindung mit ener amyen (concubina). Vergl. Hach: das alte lübische Recht Cod. I. Art. 11 und Harder: Beitrag zu den ehel. Verhältnissen nach dem hamb. Stadtr. v. 1270. S. 6 in fine.

[25]) Stadtr. v. 1270 III. 12; von 1292 E. 11; von 1497 J. 14. Im neuesten Statut Part. III. Tit. 3. Art. 15 ist der Zusatz „echte" schon weggelassen. Vergl. Klefeker l. c. IV. S. 505.

[26]) Der Schwabensp. (Art. 42) kennt nur die legitimatio per rescriptum, der s. g. vermehrte Sachsensp. (Buch 1 Cap. 5 dist. 4; bei Ortl. Pag. 21) dagegen auch schon die per subsequens matrimonium; durch beide Arten ward jedoch nur ein Erbrecht gegen die Eltern, nicht aber gegen deren Ascendenten effectuirt. Wenn übrigens Harder (l. c. S. 7 Note *) der letztern, des dabei vorkommenden, jedoch mit dem katholischen Begriffe der benedictio nicht harmonirenden Symbols wegen, einen früheren, ja vorchristlichen Ursprung zu vindiciren sucht, so scheint mir dies auf einem Irrthume zu beruhen, da die Herleitung derselben aus dem canonischen Recht nicht zu verkennen ist. Es scheint die Geist-

seiner Mutter und deren Familie gegenüber[27]), ein völlig dem der ehelichen Kinder gleichstehendes Successionsrecht einräumte[28]), weshalb denn auch hinsichtlich dieses Punktes für das heutige Recht niemals ein Zweifel erhoben ist[29]).

Allein das römische Recht giebt bekanntlich auch den Concubinenkindern für den Fall, daß ihr Erzeuger als intestatus, und zwar ohne Hinterlassung einer ehelichen Descendenz oder legitimen Gattin, verstirbt, in Gemeinschaft mit ihrer Mutter Anspruch auf einen sextans der ganzen Verlassenschaft[30]). Wollte man nun diese Bestimmung gleichfalls adoptiren, so mußte man sie, bei der rechtlichen Nichtexistenz des

---

lichkeit dabei sogar auf Widerstand gestoßen zu sein, denn c. 1. X. (4. 17) wird dem geistlichen Richter, severitate ecclesiastica zu procediren geheißen, falls man das also legitimirte Kind nicht für successionsfähig anerkennen wolle. Vergl. Wolff l. c. I. S. 283 Note 5.

[27]) §. 3 J. de Scto. Orphit. (3. 4.) Daß dagegen die matres illustres (l. 5. C. eod. 6. 57) heut zu Tage nicht mehr privilegirt sind, versteht sich wohl von selbst.

[28]) Vergl. den verm. Sachsensp. B. 1, Cap. 5, dist. 7 (bei Ortl. S. 23) und die Nürnberger Ref. Tit. 34, Gesetz 8: „natürliche kinter, die doch von verdampter (incestuoser) gepurt nit sein, erben jre leibliche mütter.... inmassen dann auch herwiederumb die mütter dieselben jre natürliche kinter."

[29]) Dennoch hat *Georg Anckelmann* (de succes. ab intest. liber. natur. et spur. in bon. *matris* ejusq. collat. jur. stat. Hamb. non advers. Gott. 1764.) alle nur möglichen rationes dubitandi zu beseitigen unternommen und auch zur Bestätigung ein Präjudikat v. J. 1762 mitgetheilt. Vergl. Klefeker l. c. IV. S. 506. und das nieder g. Erk. in S. Segert c. Hoormann bei Gries l. c. II. S. 204.

[30]) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12.

Concubinats, auf alle Gattungen unehelicher Kinder ausdehnen, wie denn auch überall geschehen, wo das Institut überhaupt Eingang gefunden [31]). Daß sich hiezu die hamburgische Praxis erst nach und nach verstanden, beweist das von Gries [32]) mitgetheilte niedergerichtliche Erkenntniß vom Jahre 1818, das sich noch ausdrücklich darauf beruft, daß die Novelle nur Concubinenkindern dieses Recht ertheile, der Concubinat aber „nicht mehr geduldet" werde. Später hat man bekanntlich diese Ausdehnung zugelassen, wie alle folgenden von Gries mitgetheilten Erkenntnisse bestätigen.

Durch die Annahme dieses Principes entsteht nun aber die Frage: in wie weit macht das somit bedingungsweise ertheilte Recht auf einen sextans das uneheliche Kind und dessen Mutter, dem Erzeuger des erstern gegenüber, erbgutsberechtigt? Für den Fall, daß der Erblasser völlig als intestatus verstirbt, ist dieselbe leicht zu beantworten. Das uneheliche Kind und seine Mutter erhalten ihr gemeinsames, vom ganzen Nachlaß zu berechnendes Sechstheil [33]),

---

[31]) Ausdrücklich ist dasselbe recipirt im Bairischen Landrecht Th. 3, Cap. 12, §. 2, No. 11. Gegen die heutige Gültigkeit desselben überhaupt erklären sich Thibaut l. c. §. 857. Note k und W. S. Mayer: das Erbrecht der liberi naturales. Tüb. 1838.

[32]) l. c. II. S. 204.

[33]) Von diesem gemeinsamen Quantum erhält zwar die Mutter nach den Worten der Novelle ein, nach der Zahl ihrer mit dem Erblasser erzeugten Kinder sich richtendes Kopftheil, allein eben so wenig wie die Zahl der Kinder den sextans in einen höheren Betrag verwandeln kann, eben so wenig kann derselbe durch das

gleich wie der überlebende Ehegatte seine portio statutaria, so lange vom wohlgewonnenen Gute, als dieses hinreicht, im entgegengesetzten Falle aber, soweit als nöthig, vom Erbgut. Wie aber, wenn der Erblasser, welcher zugleich Erbgut besitzt, jedoch weder eine rechtmäßige Ehegattin noch legitime Kinder hinterläßt, ein Testament gemacht hat? Auf den ersten Blick sollte man meinen, in diesem Falle komme das ganze Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter gar nicht in Frage, da die Novelle ausdrücklich sagt: damus illis, ut *ab intestato* in duas uncias vocentur. Allein es ist dabei zu erwägen, daß bei uns, wie in der Einleitung (S. 8—10) erörtert, ein Erblasser auch zum Theil als testatus zum Theil als intestatus verscheiden kann, und daß dieses Verhältniß regelmäßig durch die Nothwendigkeit bedingt wird, sobald ein Testator Erbgüter, über die er nicht verfügen darf, hinterläßt [34].

Hat daher ein Erblasser nur über einen Theil seines Vermögens, weil er über den andern entweder nicht testiren wollte, oder, weil derselbe aus Erbgut bestand, nicht testiren durfte, letztwillig verfügt, so sind zu letzterem auch alle diejenigen gerufen, welche ab intestato am ganzen Nachlasse participirt haben

---

Hinwegfallen entweder der Kinder oder der Mutter auf ein Zwölftheil, wie *Rossmann* (de succes. concub. si *sola* superstes sit. Mogunt. 1787.) will, herabsinken, oder gar, wie A. A. Meyer (das hamb. Intest.-Erbr. §. 32 u. 33) behauptet, ganz hinwegfallen.

[34]) Vergl. §. 6.

würden, mithin auch, falls keine Ehegattin oder rechtmäßige Kinder vorhanden sind, das uneheliche Kind und seine Mutter zu ihrem sextans.

Hieraus folgt denn, daß der Erblasser, sobald er Erbgut hinterläßt, die Succession der letzteren niemals durch Errichtung eines Testaments völlig verhindern kann, daß diese daher, falls ihr Recht nur nicht überhaupt durch Existenz der bezeichneten Personen in den Hintergrund gedrängt wird, in solchem Falle stets, der Erblasser mag nun ein Testament errichtet haben oder nicht, von demjenigen Theile des Nachlasses, über den nicht letztwillig verfügt worden, ihren sextans bekommen, hinsichtlich dessen sie jedoch, eben so wenig, wie der überlebende Ehegatte, hinsichtlich seiner Statutarportion, als erbgutsberechtigt betrachtet werden können, indem sie, gleich letzterem, ihren Antheil stets so lange vom wohlgewonnenen Gute, als dieses hinreicht, und erst dann vom Erbgute erhalten, wenn entweder der Intestatnachlaß nur aus solchem besteht, oder wenn ein theilweises Hereinziehen desselben in ihren sextans zur Completirung des letzteren erforderlich wird.

Kann nun das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter nur dann, wenn überhaupt kein Erbgut hinterlassen wird, durch Testirung unwirksam gemacht werden, so versteht es sich wohl von selbst, daß letzteres auch dadurch nicht geschehen kann, daß die eigentlichen Erbgutsberechtigten, d. h. diejenigen Intestaterben, die, falls das uneheliche Kind und seine Mutter nicht existirten, die einzigen sein würden,

bei Lebzeiten des Testators auf das ganze Erbgut verzichten[35]), da letztere natürlich nur dem Theile desselben entsagen können, der ihnen selbst, nicht aber dem, der dritten Personen zugefallen wäre. Wie aber, wenn in solchem Falle der Testator sein ganzes Erbgut per testamentum den Erbgutsberechtigten zuwendet, und diese, da sie ja ab intestato, wegen der Concurrenz des unehelichen Kindes und seiner Mutter, weniger bekommen würden, sich diese Ungesetzlichkeit gefallen lassen[36]), müssen dann auch letztere, weil nunmehr der Erblasser als völliger testatus verstorben, sich dieselbe gleichfalls gefallen lassen, oder können sie bis zum sechsten Theil der Erbgüter das Testament rescindiren? Ich glaube, daß letzteres angenommen werden darf, denn wer vom Erbgute etwas bekommen hätte, falls über dasselbe nicht testirt wäre, der hat auch das Recht zu verlangen, daß das gesetzlich ausgesprochene Testirungsverbot aufrecht erhalten werde.

Das Resultat dieses Paragraphen dürfte nun, allem Vorhergehenden zu Folge, dahin zu stellen sein: Erbgutsberechtigt im eigentlichen Sinne sind nur die nächsten zur Intestatsuccession berufenen Blutsverwandten, dagegen nicht der überlebende Ehegatte, der nur verlangen kann, daß ihm das von ihm selbst in die Ehe gebrachte oder während derselben angeerbte Erbgut auch nach dem Tode des

35) Vergl. §. 9.
36) Vergl. §. 6 Note 8.

anderen Theils, unter Einrechnung in seine Statutarportion, insoweit verbleibe, als das Maaß der letztern reicht. Doch erhält auch sowohl der überlebende Ehegatte den aus dem Vermögen des verstorbenen Gatten auf ihn übergehenden Theil seiner Statutarportion, als das uneheliche Kind und dessen Mutter ihren sextans alsdann aus dem Erbgute des Nachlasses, wenn ein Hereinziehen desselben in die Statutarportion oder den sextans zur Completirung der letzteren erforderlich sein sollte [37]).

---

37) Wie aber verhält es sich mit der Erbgutsberechtigung des Unmündig-Arrogirten? Ich gestehe, anfänglich durch diese Frage einiger Maßen in Verlegenheit gesetzt zu sein, weil eine Beantwortung derselben, sobald man dem Unmündig-Arrogirten noch heut zu Tage ein Recht auf die Quarta Divi Pii einräumt, kaum zu geben ist. Denn einmal steht ja der Arrogirte, er mag nun in mündigen oder unmündigen Jahren arrogirt sein, wie jeder andere plene Adoptirte oder Legitimirte, völlig den eheleiblichen Kindern gleich, ist daher auch wie diese unbedingt erbgutsberechtigt. Nun aber hat er für den Fall, daß er enterbt oder ohne Ursache emancipirt worden, sein Recht auf die vom ganzen Vermögen oder Nachlasse seines pater arrogans zu berechnende Quart, würde also hinsichtlich des Verhältnisses dieser zum Erbgut nicht füglich anders gestellt werden können als der überlebende Ehegatte hinsichtlich seiner Statutarportion, oder das uneheliche Kind und seine Mutter hinsichtlich ihres sextans, d. h. er würde seine Quart nur bedingungsweise vom Erbgut erhalten, wozu denn noch ganz besonders die schon im römischen Rechte nicht zu beseitigende Confusion käme, daß der Unmündig-Arrogirte unter Umständen (z. B. wenn mehr als vier eheleibliche Kinder vorhanden) ab intestato weniger bekommt, als er, falls er enterbt wäre, erhalten hätte. Allein ich glaube der Erörterung irgend eines dieser Punkte hier völlig überhoben zu sein, da ich noch zur rechten Zeit zu dem, in einer spätern Abhandlung näher zu begründenden Resultate gekommen bin, daß von dem ganzen Rechte auf die Quarta Divi

§. 6.

IV. Wie muß es hinterlassen werden? — 1. Ab intestato.

Auf die Frage, in welcher Weise das Erbgut hinterlassen werden muß, ist die zunächst liegende Antwort: dasselbe muß ab intestato hinterlassen werden [1]. Diese Bestimmung ist nämlich in den Worten des Art. 4 h. t.:

> aber von Erbgut ist Niemand ..... zu testiren bemächtigt,

ausdrücklich ausgesprochen und an anderen Stellen nicht minder bestimmt wiederholt [2]. Jeder Besitzer von Erbgut ist daher, wie schon S. 10 bemerkt, in die nothwendige Alternative versetzt, entweder völlig als intestatus, oder als pro parte testatus pro parte intestatus zu verscheiden.

Daß nun diese Regel nicht blos von theoretischer Bedeutung sei, sondern auch praktisch äußerst wichtig werden könne, ist hoffentlich aus dem, was der vorige Paragraph hinsichtlich des Verhältnisses des unehelichen Kindes zu den Erbgütern seines, mit

---

Pii bei unseren heutigen und namentlich topischen Verhältnissen gar nicht mehr die Rede sein kann, daß mithin der Unmündig-Arrogirte jedem andern Adoptivkinde, folglich auch der eheleiblichen Descendenz völlig gleich steht, daher auch nicht minder als diese für unbedingt erbgutsberechtigt gehalten werden muß.

[1]) Vergl. Hieronymus Müller: Zusammengetragene Nachrichten von den Testamenten. Stück 3. S. 240. Gries l. c. II. S. 135. Pauli l. c. III. S. 239 in fine.

[2]) z. B. Art. 23, 29, 31 u. 32 h. t. Vergl. auch das O.-A.-gerichtliche Erkenntniß bei Gries l. c. II. S. 137.

Hinterlassung eines Testaments verstorbenen Erzeugers erörtert hat, hinlänglich klar geworden. Es bedarf daher auch wohl zur Feststellung derselben kaum der Berufung auf die römisch-rechtliche Bestimmung, nach welcher solche testamentarische Verfügungen, durch die Jemandem dasjenige vermacht wird, worauf er schon ohnehin ein vollkommenes Recht hat, dergestalt unwirksam sein sollen, daß der Bedachte lediglich aus seinem anderweitigen Rechte, nicht aber aus dem Vermächtnisse eine Klage anzustellen befugt ist [3]. Denn die Regel, daß keiner der Erbgutsberechtigten, wäre auch jeder von ihnen durch das Testament gerade zu derjenigen Erbgutsportion berufen, die ihm ab intestato gebührt hätte, deshalb genöthigt sei, dasjenige, was ihm schon ex lege gebührt, nunmehr als testamentarische Zuwendung hinzunehmen, ergiebt sich schon aus der angeführten gesetzlichen Bestimmung, sowie namentlich aus dem erwähnten Umstande, daß das Resultat keineswegs stets dasselbe bleibt, hinlänglich von selbst [4].

Wenn aber das Erbgut ab intestato hinterlassen werden muß, so ergiebt sich daraus von selbst, daß

---

[3]) l. 14. J. de legat. (2. 20); l. 29, l. 100. D. de legat. (30); l. 88. §. 12. eod. (31). Vergl. auch das in voriger Note citirte O.-A.-gerichtliche Erkenntniß und Pauli l. c. III. S. 240.

[4]) Daß jedoch die in Testamenten sehr gewöhnliche Phrase, man wolle das Erbgut demjenigen, dem es gebührt, hinterlassen, nicht als Verfügung über dasselbe, vielmehr gerade als eine Erklärung betrachtet werden muß, sich jeglicher Disposition über das Erbgut enthalten zu wollen, versteht sich wohl von selbst. Vergl. das in Note 2 citirte Erk.

die Hinterlassung desselben auch ohne Hinzufügung einer Zeitbestimmung, Bedingung oder Auflage zu Gunsten eines Dritten geschehen muß, was sich jedoch natürlicher Weise nicht auf solche Beschränkungen zum Vortheil Anderer bezieht, die nicht aus dem Willen des Testators hervorgegangen, vielmehr Ausfluß einer gesetzlichen Bestimmung sind, wie z. B. das dem überlebenden Ehegatten, seinen, mit dem verstorbenen Theil erzeugten Kindern gegenüber, bis zu seiner Wiederverheirathung zuständige Nießbrauchsrecht (Beisitz) am ganzen Nachlasse [5]).

Kann nun der Erbgutsberechtigte seinen Erbgutsantheil unbeschwert verlangen, so muß man ihn, nach Maaßgabe einer römischrechtlichen Bestimmung, hierzu selbst dann für befugt erachten, wenn ihn der Testator auch noch vom wohlgewonnenen Gute, jedoch unter einer, sowohl seine Erbgutsportion als diese Zuwendung treffenden Beschwerung, bedacht hätte [6]). Der Erbgutsberechtigte kann daher in einem solchen Falle das ihm vom wohlgewonnenen Gute, jedoch mit einer Beschwerung, Vermachte annehmen, nichts desto

---

[5]) Part. III. Tit. 3. Art. 3 u. 5. Ob dieses, im Art. 5 auch der überlebenden Ehefrau ausdrücklich verliehene Recht ein solches sei, das ihr der Ehemann nicht durch letztwillige Disposition entziehen kann, wird in einer spätern Abhandlung zu untersuchen sein. Jedenfalls fällt das Recht der überlebenden Ehefrau auf den Beisitz alsdann hinweg, wenn ihr, auf Grund eines begangenen Ehebruchs, die Statutarportion durch letztwillige Verfügung entzogen worden. Vergl. §. 14.

[6]) l. 36. §. 1. C. de inoff. test. (3. 28.) Vergl. Glück l. c. VII. S. 89. u. Francke l. c. S. 247.

weniger aber letztere, so weit sie auch seinen Erbgutsantheil trifft, hinsichtlich dessen sie pro non scripta gilt, abschütteln.

Diese Schlußfolgerung führt nun aber zu der Frage hin: kann die s. g. Socinische Cautel[7]) auch auf die Hinterlassung des Erbgutes angewandt werden? Der Umstand, daß das Erbgut ab intestato zu hinterlassen ist, steht der Zulässigkeit derselben wohl nicht entgegen. Denn einerseits kann ja der Testator eventualiter, d. h. für den Fall, daß sich der Erbgutsberechtigte die Auflage auch gegen die anderweitige Entschädigung nicht gefallen lassen will, denselben ab intestato succediren lassen, andererseits erhält zwar der Erbgutsberechtigte, läßt er sich gegen die angemessene Entschädigung die Auflage gefallen, seinen Erbgutsantheil nicht ab intestato, allein es ist ja auch durchaus nicht gesagt, daß er sich eine testamentarische Zuwendung desselben, sobald letztere nur keine dritte Personen benachtheiligt, nicht gefallen lassen dürfe[8]).

Es dürfte daher der Anwendbarkeit der Socinischen Cautel bei Hinterlassung des Erbgutes schwerlich ein Bedenken in den Weg zu legen sein, welcher Umstand mir für die Praxis nicht ohne Wichtigkeit zu sein scheint, da er allein dem Erblasser die Mög-

---

[7]) Vergl. H. W. Koch: über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Daß dieselbe nicht, wie Cramer (Opusc. II. No. 23) meint, ein überflüssiges Institut sei, ergiebt sich aus der in voriger Note citirten Stelle zur Genüge. Vergl. Glück l. c. VII. S. 88 in fine.

[8]) Vergl. Pauli l. c. III. S. 240. Note 176.

lichkeit eröffnet, auf einem einfacheren Wege als durch Veranlassung zu einem Erbverzicht die nicht selten eintretende, aber sehr drückende Nothwendigkeit, den größten Theil seines Vermögens, den er gern einem ihm nahe stehenden Freunde zuwenden mögte, entfernten oder gehässigen Blutsverwandten hinterlassen zu müssen, mindestens einigermaßen zu mildern und zwar dadurch, daß er letzteren, unter Anwendung der Cautela Socini, den ganzen Nachlaß (oder mindestens mehr als das Erbgut) zuwendet, jedoch unter Hinzufügung der Bedingung, nach ihrem Tode entweder das Ganze als Universal-Fideicommiß dem Freunde zu restituiren, oder auch demselben den lebenslänglichen Nießbrauch daran zu überlassen. Freilich wird den Erbgutsberechtigten immer die Wahl verbleiben müssen, ob sie den Mehrbetrag mit sammt der Beschwerung, oder ob sie das Erbgut allein, jedoch unbeschwert, wählen wollen [9]), allein diese Mißlichkeit ist beim Erbverzicht mindestens in gleichem Grade vorhanden, da es ja natürlicher Weise immer von den Erbgutsberechtigten abhängt, ob sie denselben eingehen wollen oder nicht [10]).

Daß aber die Cautela Socini bei jeder, die pflichtmäßige Hinterlassung überschreitenden Zuwendung, als stillschweigend hinzugefügt, zu präsumiren

---

[9]) Glück l. c. VII. S. 87.

[10]) Auch wird ein solcher mit weit größerer Schwierigkeit und selten ohne sofortige Entschädigung zu erzielen sein, während der Testator sich auf die angegebene Weise gar nicht selbst mit den Erbgutsberechtigten einzulassen braucht.

sei [11]), darf wohl eben so wenig, als auf der andern Seite die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Erwähnung derselben [12]) behauptet werden, vielmehr wird Alles lediglich davon abhängen müssen, ob aus der Fassung der Disposition die Absicht des Testators, sich der Cautel bedienen zu wollen, hinreichend erhellt oder nicht, wofür ich ein Beispiel hersetzen will. Der Testator A sagt: Meinem Neffen X, auf den, als auf meinen nächsten Intestaterben, mein Erbgut fällt, vermache ich die Hälfte meines wohlgewonnenen Gutes, auf dessen andere Hälfte ich den Z zu meinem Erben ernenne; den lebenslänglichen Nießbrauch am ganzen Nachlaß vermache ich jedoch dem Y. — Hier würde es nun durchaus nicht klar sein, daß A sich der Socinischen Cautel bedienen wollen, es kann daher X die beschwerte Hälfte des wohlgewonnenen Gutes annehmen, ohne deshalb die Belästigung seines Erbgutes dulden zu müssen. Anders dagegen wenn A sagt: den Nießbrauch meines ganzen Nachlasses vermache ich dem Y; sollte sich mein Neffe dieses auch seinen Erbgutsantheil treffende Gravamen gefallen lassen, so soll ihm, nach dem Tode des Y, außer ersterem auch noch die Hälfte meines wohlgewonnenen Gutes, auf dessen andere Hälfte ich den Z zum Erben ernenne, zufallen.

Allein wiewohl aus dieser Disposition zur Ge-

---

11) Vergl. *Ayrer:* de jur. parent. legit. liber. bona mente gravandi §. 23.

12) Dies scheint Glück's (l. c. VII. S. 89) Ansicht zu sein.

nüge hervorginge, daß A sich der Cautel bedienen wollen, würde dennoch, da er nicht zugleich bestimmt hat, wer für den Fall, daß X sich die Auflage nicht gefallen lassen wolle, nach dem Tode des Y die ausfallende Hälfte des wohlgewonnenen Gutes haben solle, das ganze Verhältniß in seinen Folgen dasselbe bleiben. Denn weil alsdann über diesen Theil des Nachlasses keine Verfügung getroffen wäre, so würde derselbe zwar nach römischem Rechte dem Testamentserben Z, nach deutschrechtlichem Principe dagegen dem Intestaterben [13]), mithin dem X zufallen. Es wird daher der Zweck der Socinischen Cautel erst dann völlig erreichbar sein, wenn der Testator zugleich bestimmt, wer für den Fall, daß sich der Erbgutsberechtigte die Auflage nicht gefallen lassen will, die für Duldung derselben ausgesetzte Entschädigung erhalten solle.

§. 7.

2. In der Quantität, wie es beim Tode des Testators vorhanden.

Die hier zu betrachtende Frage, in welcher Quantität das Erbgut zu hinterlassen sei, steht mit der Frage, in wieweit nach heutigem Recht der Besitzer von Erbgut während seines Lebens darüber disponiren dürfe, in so naher Beziehung, daß sie, ohne vorherige Erörterung der letzteren, wiewohl dieselbe an sich nicht eigentlich in diesen Paragraphen

---

[13]) Vergl. oben S. 10 in fine.

gehört, nicht wohl beantwortet werden kann. Nun ist zwar diese, für das ältere Recht bereits im §. 3 erörterte Vorfrage auch daselbst (S. 31) für das neuere Recht, sowie implicite durch die später aufgestellte Regel, daß Alles, was an die Stelle des veräußerten Erbgutes trete, wiederum als solches zu betrachten sei [1]), bereits anticipando dahin beantwortet worden, daß die Veräußerung von Erbgut heut zu Tage nicht mehr an den Consens der Erbgutsberechtigten gebunden sei. Ob aber diese, ausweise der täglichen Erfahrung, nicht zu leugnende Änderung des älteren Rechtes schon in unserem neuesten Statute gesetzlich anerkannt, oder ob dieselbe lediglich einem erst später gebildeten Gewohnheitsrechte ihren Ursprung zu danken habe, ist eine zweite, von jener nach dem blos factischen Verhältnisse durchaus unabhängige Frage, deren Beantwortung im Nachfolgenden versucht werden soll.

Gries behauptet nun, unser neuestes Statut kenne das Inhibitionsrecht der Erbgutsberechtigten nicht mehr, nach ihm sei vielmehr die Verfügung über ererbtes Gut bei Lebzeiten des Inhabers desselben durchaus nicht beschränkt [2]). Allein mir scheint diese Annahme äußerst bedenklich zu sein.

Fragen wir zuvörderst den Receß von 1603 [3]),

---

[1]) Vergl. §. 4 sub No. III.

[2]) Gries l. c. I. S. 318 u. II. S. 141.

[3]) Abgedruckt hinter der Volker'schen und hinter der König'schen Ausgabe des neuesten Statuts; auch in Lüning's teutschem Reichsarchiv IV. S. 1008; in Moser's (v. Filseck) reichsstädt.

ohne uns jedoch auf die hier überflüssige Frage, ob derselbe älter oder jünger als das neueste Statut sei, einzulassen [4]), so widerspricht ersterer dem Grundsatze der älteren Stadtrechte durchaus nicht [5]). Denn, wiewohl der Art. 14 desselben nur von **befreetem erffgude** redet, daher für eine nur singulaire Bestimmung gehalten werden könnte, geht doch die betreffende Vorschrift desselben, in völliger Übereinstimmung mit dem älteren Principe, lediglich dahin: Eheleute sollen ihr Erbgut **wol to allem besten gebrucken**, d. h. nutznießen dürfen, aber die Erbgutsberechtigten sollen, falls verdächtig mit dem Erbgut gehandelt würde [6]), wohl Aufsicht haben, daß das Erbgut **ungekränncket** d. h. unveräußert bleibe, weil, wie hinzugefügt wird, man zwar sein wohlgewonnenes Gut **tho vergeven** d. h. zu veräußern [7]) mächtig ist, das

---

Magazin I. S. 872; in Westphalen's Gesch. d. Haupt-Grundges. der Hamb. Verf. I. 386—449 ꝛc. Über die fortdauernde Gültigkeit des Recesses auch in privatrechtlicher Hinsicht vergl. das O.-A.-gerichtl. Erk. bei Gries l. c. II. S. 74.

4) Vergl. Anderson l. c. I. S. 511—513; Westphalen l. c. I. S. 382—385 und das in voriger Note citirte O.-A.-gerichtliche Erkenntniß.

5) Vergl. *M. D. Schaffshausen:* Parallelismus jur. Hamb. Cap. 2. §. 5. A. M. ist Westphalen zu Gries l. c. II. S. 141. Note **)

6) In anderen Fällen aber, d. h. wenn sie sich auf die Erbgutsinhaber verlassen können, haben sie auch nach dem Rechte des ältesten Ordelbuches nicht nöthig gehabt, irgendwie Aufsicht zu führen.

7) Das Wort **geven** oder **vergeven** bezieht sich in der Sprache des Recesses von 1603, gleichwie in der des neuesten Statuts, nicht mehr, wie im älteren Recht, auf letztwillige, sondern auf Zuwendungen jeder Art unter Lebenden. Vergl. Art. 16: **deme de vader sin hues angestellet off gegeven hefft.**

Erbgut dagegen billiger Weise an die rechte Linie gelangt. Daß in dieser Bestimmung keine Abweichung vom älteren Rechte gefunden werden kann, scheint auf der Hand zu liegen. Denn sollen die Erben Aufsicht führen, daß kein Erbgut veräußert werde, so müssen sie auch die Vornahme einer Veräußerung inhibiren dürfen; denn wozu würde ihnen sonst ihr Beaufsichtigungsrecht nützen? Diese Ansicht finde ich denn auch in den Worten des Art. 16:

> so schall de vader, de wile he levet, enen van sinen söhnen sin hues ... ahne hinderung siner andern kinder und fründe ... antostellen macht hebben,

bestätigt. Denn daß in dieser Stelle von einem ererbten Hause und dem Inhibitionsrechte der anderweitigen Erbgutsberechtigten die Rede sei, scheint mir daraus hervorzugehen, daß auf der einen Seite der Art. 14 die Erbgusberechtigten zugleich anweist, sich auch unter einander zu controlliren [8]), auf der anderen Seite dagegen der gleichfalls auf wohlgewonnene Immobilien sich erstreckende retractus gentilitius [9]) niemals als ein den nächsten Intestaterben, einem andern gleich nahen Verwandten des Verkäufers gegenüber, zustehendes Recht, vielmehr stets als ein solches bezeichnet wird, das die nächsten Erben einem drit-

---

[8]) Es heißt daselbst: wurde ock jemand befunden de ... den andern erven thone verfange, sine göder (seine Erbgüter) etlichen siner erven hemlich to handen brochte rc.

[9]) Vergl. Stadtr. v. 1292 (C. 1.) v. 1497 (G. 1 u. 5 in fine) so wie das neueste Statut Part. II. Tit. 8. Art. 3.

ten, gar nicht zur Familie gehörenden Käufer gegenüber in Anwendung zu bringen befugt sind [10]. Ist aber in obiger Stelle mit den Worten ahne hinderung die Widersprache der Erbgutsberechtigten gemeint, so beweist auch dies, daß der Receß dieselbe, abgesehen von der in Rede stehenden Ausnahme, nicht minder als die älteren Stadtrechte als Regel anerkennt.

Was nun das neueste Statut selbst betrifft, so widerspricht allerdings die, das Vorkaufsrecht der nächsten Verwandten bei Veräußerung von Grundstücken statuirende Bestimmung [11]) der Ansicht von Gries keinesweges, vielmehr könnte man, stände kein anderes Hinderniß im Wege, versucht sein, gerade aus dieser ausdrücklich erwähnten und, wie es scheinen könnte, ausnahmsweise bei Grundstücken zugelassenen Beschränkung des Veräußerungsrechtes, auf völlige Unabhängigkeit bei Veräußerung des übrigen, selbst ererbten Vermögens zu schließen. Allein es stellt sich dieser Annahme ein weit größeres Hinderniß im Art. 12 h. t. entgegen, der so offenbar das Gegentheil besagt, daß ich nicht einsehe, wie Gries, ohne mindestens Anstoß an denselben zu nehmen, seine obige Behauptung aufzustellen vermogt. Er lautet:

> So auch ein Mann unrecht gewonnen Gut hätte und dasselbe bei seinem Leben wiederkehren wollte, solches mag er wohl

---

[10]) Vergl. Wolff l. c. I. §. 94. sub. No. 1. — Joach. Müller ad Thes. II. S. 843. nimmt dagegen die Worte sin hues ganz allgemein.

[11]) Part. II. Tit. 8. Art. 3.

thun von seinen Erbgütern, ohne Widerspruch der Erben, wofern er sonst kein Gut hätte.

Die Eingangsworte dieses Artikels „so ein Mann unrecht gewonnen Gut hätte," müssen, falls nicht eine Widersinnigkeit herauskommen soll, in „falls ein Mann unrecht Gut gewonnen (sc. und wieder veräußert) hätte" umgeändert werden [12]), da bei dem unrechtmäßig erworbenen und noch im Besitz des Erwerbers befindlichen Gute unmöglich die Frage entstehen kann, von welchem Vermögenstheile es zu restituiren sei, da es, als nicht ererbt, jedenfalls in natura restituirt werden könnte. Im Übrigen ist jedoch der Artikel durchaus klar, und so auch dasjenige, worauf es hier allein ankommt, nämlich die ausnahmsweise inter vivos verstattete Disposition über Erbgut, aus welcher Bestimmung sich denn völlig von selbst ergiebt, daß in allen Fällen, wo Jemand zu einem anderen Zwecke, als zur Tilgung einer Verbindlichkeit ex delicto, über Erbgut disponiren will, derselbe auch unserem neuesten Statute zu Folge,

---

[12]) So versteht auch Gries (l. c. II. S. 161 in fine) die Stelle. Daß jedoch das neueste Statut das Wort „gewonnen" keineswegs „sehr richtig" hinzugefügt hat, geht aus dem Obigen hinlänglich hervor. In den älteren Stadtrechten (v. 1270. IV. 3.) wo es blos „hefft ein man unrecht gud" heißt, wird dagegen wohl richtiger „ererbt" zu suppliren sein, wonach denn der Sinn des Ganzen wäre: Sollte Jemand unrechtmäßiger Weise vom Erblasser erlangtes Gut ererbt haben, so kann er, falls er kein wohlgewonnenes Gut besitzt, dasselbe, trotzdem daß es Erbgut ist, ohne Consens seiner Erbgutsberechtigten restituiren.

nicht minder als nach älterem Recht, an den Consens seiner Erbgutsberechtigten gebunden sein soll [13]). Denn wie würde ein Gesetzgeber auf den Einfall kommen zu sagen: in diesem Falle soll man frei disponiren können, wenn schon in allen Fällen die freie Disponirung verstattet gewesen wäre!

Kann man daher ohne Zweifel annehmen, daß auch unser neuestes Statut jede Veräußerung des Erbgutes als von dem Consense der nächsten Blutsverwandten abhängig betrachtet, so folgt auch daraus, daß nach dem ursprünglichen Principe des Statuts das Erbgut, soweit sich die Erbgutsberechtigten nicht durch Consentirung in eine Erbgutsveräußerung ganz oder theilweise ihres Anspruches auf Succession in dasselbe begeben, in der Quantität hinterlassen werden muß, in welcher es der Erblasser selbst empfangen hat. Und daß auch dies die Ansicht des Statuts wirklich ist, wird außer durch die ausdrücklichen Worte des Art. 5 h. t. [14]), noch durch den Umstand bewiesen, daß nach Art. 6 h. t. jeder Testator verpflichtet ist, in seinem Testamente anzugeben, wieviel er an Erbgut empfangen, nicht aber, wieviel er an Erbgut besitze, durch welche Bestimmung, wenn

[13]) Neben dieser Ausnahme statuiren die älteren Stadtrechte (Stadtr. v. 1270. I. 8) noch eine zweite bereits S. 18 in fine erwähnte Veräußerung ohne Consens der Erbgutsberechtigten, nämlich die aus ehehafter (echter) Noth, die jedoch das neueste Statut nicht mehr kennt. Vergl. dagegen noch Receß von 1603, Art. 16 in fine.

[14]) Es heißt daselbst, der Erbgutsinhaber solle seinen rechten Erben zukehren „so viel er zu Erbe empfangen."

nicht gemeint sei, daß der Testator auch so viel, als er empfangen, wiederum zu hinterlassen habe, der Zweck des ganzen Gesetzes, eine vereinfachte Feststellung dessen, was die Erbgutsberechtigten zu fordern haben [15]), offenbar verfehlt wäre.

Wie aber verhält sich nun die Sache heut zu Tage, wo zwar, wie gezeigt, das ältere Princip der Theorie nach noch besteht, jedoch, dem factische Zustande der Gegenwart gegenüber, als antiquirt erscheint? Muß das Erbgut auch jetzt noch, nachdem der Inhaber desselben unter Lebenden frei mit ihm zu schalten berechtigt ist, in der Quantität, wie es ererbt, oder nur in dem Maße, wie es noch beim Tode des Testators vorhanden, hinterlassen werden? Ersteres wird von Hier. Müller [16]) behauptet und ich gestehe, daß mir diese Ansicht theoretisch die richtigste zu sein scheint, da im vorliegenden Falle die Änderung des ganzen Systems keineswegs eine Änderung dieses Punktes nothwendig macht. Denn nach älterem Recht ist keine freie Veräußerung des Erbgutes verstattet, nach ihm ist daher schon an sich die Quantität des letztern, der Regel nach, nicht zu vermindern; das heutige Recht läßt dagegen die freie Veräußerung zu, allein ohne deshalb die Verminderbarkeit des Erbguts als Regel anerkennen zu können, weil dies begreiflicher Weise zur Annullirung des ganzen Erbgüterrechts führen würde. Es müßte

---

[15]) Vergl. §. 8.

[16]) l. c. Stück 3. S. 149.

daher sicher einer consequenten Theorie nach das Erbgut auch heut zu Tage in der Quantität hinterlassen werden, in welcher es ererbt worden.

Allein es ist schon oben (S. 56) gezeigt, wie wenig sich die consequente Regel, daß die Erbgutsqualität heut zu Tage nicht mehr an dem ererbten Gegenstande selbst, sondern an dem Werthe desselben hafte, durchführen läßt, da die Praxis sowohl eine durch Veräußerung zu bewirkende Vermehrung als Verminderung des Erbgutes anerkennt. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als auch hier jenen oben eingeschlagenen Mittelweg zu verfolgen, daher als Regel, jedoch unter Mitbegreifung alles dessen, was, nach dem dort aufgestellten Principe, als Äquivalent für veräußerte Erbgutsstücke zu betrachten, mit Gries[17]) den Satz hinzustellen: das Erbgut geht in der Quantität auf die Erbgutsberechtigten über, in der es beim Tode des Testators vorhanden ist.

Als eine Ausnahme von dieser Regel begründend, ist jedoch noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß eine inter vivos vorgenommene Erbgutsveräußerung, die den Totalwerth des Gesammtvermögens vermindert, alsdann nicht als Verringerung der Quantität des Erbguts betrachtet werden kann, wenn der Veräußerer sie in fraudem legis, d. h. absichtlich zur Benachtheiligung seiner Erbgutsberechtigten vornahm[18]). Zwar können letztere, so lange der Erb-

---

[17]) l. c. II. S. 142.

[18]) Daß dabei jedoch eine, selbst doloser Weise unterlassene Vermehrung des Erbgutes, z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft,

lasser lebt, nicht befugt erachtet werden, eine solche Erbgutsveräußerung zu inhibiren, allein nach dem Tode des letzteren haben sie in keinem Falle nöthig, sich eine durch dolose Veräußerung bewirkte Verringerung ihrer Erbgutsportion gefallen zu lassen, sondern können entweder die Completirung der letzteren aus dem wohlgewonnenen Nachlasse verlangen, oder, sollte dies unmöglich sein, die dolose Veräußerung selbst, falls dieselbe entweder in einer reinen Schenkung oder in einem s. g. negotium mixtum [19]) bestand, mit einer, der querela inofficiosae donationis analogen [20]) Klage anfechten.

Was dagegen solche, donandi animo vorgenommene Erbgutsveräußerungen überhaupt betrifft, so versteht es sich von selbst, daß sie niemals, seien sie nun dolose oder bona mente geschehen, alsdann die Erbgutsquantität vermindern können, wenn sie zu Gunsten eines Einzelnen der Erbgutsberechtigten selbst vorgenommen worden. Denn da letztere unter sich völlig im Verhältnisse von Intestaterben stehen,

nicht als Verminderung desselben betrachtet werden kann, ergiebt sich aus der allgemeinen Regel, daß qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare. l. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.)

[19]) l. 18. pr. D. de donat. (39. 5.) Vergl. Savigny: System des heutigen röm. Rechtes. IV. §. 154.

[20]) Falls man nämlich nicht mit Francke (l. c. S. 505.) das Vorhandensein einer bösen Absicht auf Seiten des Schenkers überhaupt als unwesentlich bei der inofficiosa donatio betrachtet. Vergl. dagegen: Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVI. S. 75 u. folg.

so muß auch jeder von ihnen, was er inter vivos an Erbgut empfangen, seinen Mitberechtigten gegenüber, conferiren, oder, wie der Receß von 1603 [21]) sich ausdrückt, in der erffdehlinge entbehren. Allein auch für bona mente gemachte Schenkungen vom Erbgut an dritte Personen, wird von Pauli [22]) der Grundsatz aufgestellt, daß solche, wiewohl sie nach außen hin als rechtskräftige Geschäfte betrachtet werden müßten, doch, so lange noch wohlgewonnenes Gut vorhanden, den Erbgutsberechtigten nicht in Abrechnung gebracht werden dürften. Daß diese Ansicht dem bereits oben (S. 54) erwähnten und von Pauli (abgesehen von der Annahme, daß eine Veräußerung aus ehehafter Noth nicht vom später erworbenen Vermögen zu repariren sei) consequent durchgeführten Principe, daß die Erbgutsqualität nicht mehr wie früher an der ererbten Sache, sondern lediglich am Werthe derselben hafte, durchaus entsprechend sei, leidet keinen Zweifel. Allein da dieses Princip bei uns, wie gezeigt, nicht durchführbar ist, so würde es gerade umgekehrt eine Inconsequenz sein, dasselbe ausnahmsweise auf Schenkungen anwenden zu wollen. Denn wenn der Verlust, den das Erbgut dadurch erleidet, daß der Besitzer desselben sein ererbtes Haus, das 40,000 ₰ werth ist, aus Unkunde für 30,000 ₰ verkauft, den Erbgutsberechtigten zur Last fällt, so ist nicht einzusehen, warum die, nicht in böser Absicht gemachte

---

[21]) Art. 14 in fine.

[22]) l. c. III. S. 237 in fine.

Schenkung, die 10,000 ℔ werth ist, eine andere Wirkung erzeugen soll. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als der S. 56 aufgestellten Regel, daß die Erbgutsqualität bis zur ersten Veräußerung der ererbten Sache an dieser selbst, von da an aber an demjenigen Betrage hafte, für welche dieselbe weggegeben worden, auch hinsichtlich dieses Punktes festzuhalten. Hieraus würde sich denn eine, zwischen der obenerwähnten Ansicht Pauli's und dem von Gries [23]) allgemein gestellten Satze, daß eine vom Erbgut gemachte Schenkung die Summe des erstern vermindere, die Mitte haltende Regel ergeben, nach welcher eine donandi causa vorgenommene Erbgutsveräußerung, durch welche das Gesammtgut vermindert worden [24]), nur alsdann vom wohlgewonnenen Gute nicht zu repariren wäre, wenn eine ererbte und noch in natura vorhandene Sache, nicht aber wenn ein ideeller Theil des Erbgutes weggeschenkt wird, weshalb es denn auch niemals in dem bloßen Willen des Veräußerers gestellt sein kann, zu sagen: „diese Schenkung will ich von meinem Erbgute gemacht haben," da allein die Qualität des Objects derselben entscheidend ist.

---

[23]) l. c. II. S. 143.

[24]) Dies ist nämlich nicht immer der Fall, da es auch reine Schenkungen giebt, durch die, falls sie vom Erbgut geschehen, das wohlgewonnene Vermögen mindestens indirect vermehrt wird. Dahin rechne ich alle remuneratorischen Schenkungen (vergl. Savigny l. c. IV. §. 153.), da bei diesen wohl angenommen werden darf, daß sie der Erbgutsbesitzer, falls er nur wohlgewonnenes Vermögen besäße, auch von letzterem bestritten hätte.

§. 8.

3. Mit Angabe seines Betrages.

So lange noch das ererbte unbewegliche Vermögen allein zum Erbgute zählte, konnte man wohl in der Regel aus den Stadt-Erbebüchern mit Sicherheit entnehmen, welche nachgelassenen Immobilien eines Testators Erbgut seien und welche nicht [1], weshalb es denn in den Testamenten einer Erwähnung derjenigen Grundstücke, die ab intestato hinterlassen werden mußten, kaum bedürfen konnte. Allein schon früher als das ältere Princip dahin geändert ward, daß man auch die ererbte Fahrniß zum Erbgut rechnete, muß sich, wenn auch nicht die Nothwendigkeit, doch mindestens die Zweckmäßigkeit einer genauen Angabe dessen, was man an Erbgut empfangen, herausgestellt haben, da solche im Stadtrechte von 1497 (K. 2.) vorgeschrieben wird. Daß man aber diese einmal festgestellte Bestimmung später, als die erwähnte Änderung des älteren Rechts eingetreten war, nicht wieder aufgab, ist sehr erklärlich, da nunmehr die Festhaltung an derselben zur Vermeidung unendlich weitläufiger Beweisführungen durchaus nothwendig geworden war. Demnach schreibt denn das neueste Statut im Art. 6 h. t. vor:

I. Jeder Testator soll auf seine letzte Todesstunde nehmen, d. h. an Eidesstatt in seinem Testa-

---

[1]) Vergl. Pauli l. c. I. §. 13 u. III. S. 235.

mente die Versicherung thun, was und wie viel er an Erbgut empfangen habe, wobei zuvörderst zu bemerken ist, daß, als Folge der S. 90 erwähnten Änderung, nach welcher der Testator seinen Erbgutsberechtigten heut zu Tage nur so viel Erbgut zu hinterlassen braucht, als bei seinem Tode noch vorhanden, die Worte „empfangen hat" in „besitze" umgewandelt werden müssen, da sonst die in Rede stehende Vorschrift nicht im Stande wäre, ihrem angegebenen Zwecke zu entsprechen.

Diese an Eidesstatt abgegebene Erklärung hat nun, wegen der aus ihr entstehenden rechtlichen Präsumption, die Wirkung, daß die Erbgutsberechtigten durch sie des ihnen sonst obliegenden Beweises, ob und wie viel der Testator Erbgut hinterlassen, nunmehr, bis zum Belaufe der angegebenen Summe, überhoben sind [2]).

Hieraus wird jedoch schwerlich mit Gries [3]) gefolgert werden dürfen, daß, falls eine solche Erklärung gänzlich unterlassen wäre, nunmehr jeder Testamentserbe zu erweisen hätte, daß Alles, was ihm der Testator zugedacht, wohlgewonnenes Gut sei. Zwar ist es, nimmt man an, daß jede Unterlassung

---

[2]) Joach. Müller ad Thes. II. S. 752 antwortet auf die Frage: Quatenus probat talis assertio religiosa? Habet effectum *juramenti injuncti a judice,* ut admittat probationem in contrarium.

[3]) l. c. II. S. 144—146. Gleicher Ansicht ist das, daselbst Note *) mitgetheilte niederg. Erk. in S. Dirks c. Burmester. Allein auch Pauli (l. c. III. S. 239) findet den Einfluß auf die Vertheilung der Beweislast, welchen diese Ansicht der Unterlassung der Angabe einräumt, bedenklich.

einer solchen ausdrücklichen Angabe der gesetzlichen Vorschrift zuwider sei, ganz richtig, daß alsdann durch diese gesetzwidrige Unterlassung des Testators die Erbgutsberechtigten nicht schlechter gestellt werden dürfen, als das Gesetz sie gestellt haben will. Allein man darf sie doch auch nicht, zum Nachtheil der Testamentserben, besser stellen wollen. Dieses würde aber offenbar der Fall sein, müßten letztere im gegebenen Falle beweisen, daß Alles, was ihnen zugedacht, wohlgewonnenes Gut sei. Denn ist die Erklärung abgegeben, so haben auch sie, weil Alles, was nicht unter die Erklärung fällt, vorläufig für wohlgewonnenes Gut gelten muß, diese Präsumtion, wie umgekehrt die Erbgutsberechtigten die ihrige, in so weit für sich, als das ihnen Zugedachte, so weit es nicht den, als wohlgewonnenes Gut bezeichneten Vermögenstheil übersteigt, so lange für kein Erbgut gehalten wird, als nicht gegnerischerseits die Unrichtigkeit der Angabe erwiesen worden. Dagegen hätten sie, falls keine Erklärung abgegeben wäre, der erwähnten Ansicht zu Folge, die nur durch Gegenbeweis zu entkräftigende Präsumtion, daß der ganze Nachlaß Erbgut sei, wider sich, wären daher in gleichem Maße, wie die Erbgutsberechtigten dadurch besser gestellt wären, schlechter gestellt. Nun könnte man zwar sagen: die bessere oder schlechtere Stellung nicht der Intestat-, wohl aber der Testamentserben hängt gänzlich von der Art und Weise ab, wie der Testator sein Testament errichtet hat, wie sie z. B. auch dann, wenn letzterer einen, das Testament gänzlich rumpi-

renden Fehler begangen, nichts bekommen, wodurch denn natürlich auf der andern Seite die Intestaterben bessergestellt werden. Allein dies trifft bei vorliegendem Falle nicht zu. Denn jedesmal, wenn die Testamentserben schlechter gestellt werden, als das Testament sie gestellt wissen will, ist es entweder völlig zweifelhaft, ob das, was für des Testators Willen ausgegeben wird, auch wirklich dessen Wille sei [4]), oder es ist dieser Wille ein mehr oder weniger ungesetzlicher. Beides ist jedoch hier nicht der Fall, da ja, trotz des Umstandes, daß die Qualität einzelner Theile des Nachlasses zweifelhaft, der Wille des Testators eben so klar als legal sein kann.

Führt demnach die Unterlassung einer ausdrücklichen Erklärung bei der Annahme, daß dieselbe in jedem Falle gegen die Vorschrift des Art. 6 h. t. verstoße, stets zu einer Benachtheiligung entweder der einen oder der andern Partei, so scheint mir das darauf hinzudeuten, daß solche Annahme nicht die richtige sei.

Daß nun in der unterlassenen Angabe eines Betrages auch eine stillschweigende Erklärung liegen könne, scheint unzweifelhaft zu sein. Aber welche? Daß der Testator, der nicht angiebt, wie viel Erbgut er hinterlasse, dadurch seinen ganzen Nachlaß als Erbgut bezeichnen wolle [5]), darf wohl schon des-

---

[4]) So z. B. bei unterlassener oder nicht gehöriger Beglaubigung des Testaments.

[5]) Dies nehmen gewissermaßen Westphalen zu Gries (l. c. II. S. 146 Note *) und das daselbst mitgetheilte niederger. Erk.

halb nicht präsumirt werden, weil alsdann der Testator zugleich selbst erklärt hätte, daß sein ganzes Testament null und nichtig sei. Dagegen dürfte man ohne Bedenken annehmen können, daß der, welcher die in Rede stehende Vorschrift des Art. 6 h. t. ignorirt, damit stillschweigend erkläre, er *besitze gar kein Erbgut*, zumal da erstere auch füglich dahin zu interpretiren ist, der Testator solle die vorgeschriebene ausdrückliche Erklärung abgeben, vorausgesetzt jedoch, daß er *überhaupt* im Besitze von Erbgut sei; denn das Verlangen, Jemand solle angeben „was und wie viel" er besitze, setzt doch wohl nothwendig voraus, er besitze überhaupt.

Wird aber demnach eine *ausdrückliche* Angabe nur von dem, der überhaupt Erbgut hinterläßt, ver-

---

(in S. *Görne* Impl. abs. *Bartels* Prof.) an, wenn sie sagen, die Präsumtion streite überall für die Erbgüter, daher sei der Regel nach stets der Beweis, daß das, worüber testirt worden, kein Erbgut sei, von den Testamentserben zu erbringen. Dieser Beweis werde jedoch, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, durch die Erklärung des Testators ersetzt, bei deren Vernachlässigung wiederum die Präsumtion für die Erbgüter eintrete. Allein nimmt man einmal an, daß des Testators Erklärung Ersatz für einen Beweis liefere, so kann man auch bei deren Versäumung nicht wohl annehmen, daß nun der *ganze* Nachlaß für Erbgut zu halten sei. Denn, daß dies nicht der Fall, erklärt der Testator schon dadurch, daß er überhaupt *testirt*, was er ja, bestände der ganze Nachlaß aus Erbgut, nicht dürfte. Legt man daher überhaupt *irgend* einer Erklärung desselben Gewicht bei, so muß man auch diese, implicite abgegebene, daß *der* Theil des Nachlasses, über den letztwillig verfügt worden, wohlgewonnenes Gut sei, mindestens so weit gelten lassen, daß man nicht die Erbgutspräsumtion für den *ganzen* Nachlaß streiten läßt.

langt, so ist auch die Unterlassung derselben nicht als Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 6 h. t., vielmehr als eine stillschweigende Erklärung, daß man kein Erbgut besitze, zu betrachten. Es wird daher niemals als eine Beeinträchtigung der Erbgutsberechtigten zu betrachten sein, wenn man ihnen auch im letzteren Falle denjenigen Beweis, den sie, falls der Testator nicht stillschweigend sondern ausdrücklich erklärt hätte, daß er kein Erbgut besitze, zu führen hätten, gleichfalls auferlegt, nämlich denjenigen: daß und in wie weit die Erklärung des Testators der Wahrheit zuwider sei.

Es wäre jedoch hiebei noch zu bemerken, daß, weil jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Testators sich immer nur auf den Augenblick der Testamentserrichtung beziehen kann, es sich wohl von selbst versteht, daß die Erbgutsberechtigten, wenn sie behaupten, das Erbgut sei nach der Testamentserrichtung vermehrt oder erst erworben, diesen Beweis, den gewöhnlichen processualischen Grundsätzen gemäß, zu übernehmen haben [6]).

II. Sodann fügt der Art. 6 h. t. der obigen Bestimmung noch eine dahin lautende Einschränkung hinzu: „es wäre denn, daß man anders könnte beweisen mit Gerichten und Rath der Stadt, daß solch' Erbgut mit Recht wäre gefordert und erworben."

Diese Worte sind nun in der That ziemlich

---

[6]) Gries l. c. II. S. 146—148 u. Westphalen daselbst S. 148 Note *).

confus, denn es ist auf den ersten Blick durchaus zweifelhaft, ob das Wort „man" auf den Testator oder auf die Erbgutsberechtigten bezogen werden soll, ob ersterer daher alsdann der Erklärung überhoben ist, wenn er selbst auf die vorgeschriebene Weise den Beweis der Quantität seiner Erbgüter dem Testament beizufügen vermag, oder für den Fall, daß er seine Erben so gehörig instruirt hätte, daß sie diesen Beweis nach seinem Tode zu führen im Stande sind. Allein letzteres Verständniß verdient wohl eben so wenig Beifall, wie die ganz abweichende, von Gries[7]) adoptirte Interpretation einiger älteren Commentatoren[8]), nach welcher der Sinn der obigen Gesetzesstelle der sein soll: die Richtigkeit der Angabe des Testators wird so lange präsumirt, bis die Erbgutsberechtigten[9]) die Unrichtigkeit derselben erwiesen haben. Allein, abgesehen davon, daß nach dieser Auslegung der ganze Zusatz ein höchst überflüssiger wäre, weil er nur den sich hier schon von selbst verstehenden Satz ausspräche, daß keiner Partei der Gegenbeweis abgeschnitten werden darf, widersprechen derselben auch geradezu die eigenen Worte

[7]) l. c. II. S. 148.

[8]) Vinc. Müller ad Thes. II. S. 294; Schulte eod. II. S. 450 und Joach. Müller eod. II. S. 752.

[9]) Die Testamentserben haben natürlich nie ein Interesse dabei, die Angabe zu bestreiten. Denn was hülfe es ihnen, wenn sie erwiesen, der Testator habe weniger Erbgut, als angegeben, hinterlassen? Der ausfallende Theil würde ja doch nicht ihnen, sondern gleichfalls den Erbgutsberechtigten, als den nächsten Intestaterben, zufallen.

des Artikels. Denn können nach jener Interpretation die Worte „solch Erb-Gut“ sich auf nichts anderes als auf dasjenige Gut beziehen, welches der Testator in seiner Erklärung ausschließlich als Erbgut bezeichnet hat, so hätte es, da es ja darauf ankommen würde, daß die Erbgutsberechtigten die sie benachtheiligende Unrichtigkeit der Angabe erwiesen, offenbar nicht „solch Erb-Gut,“ sondern „mehr als solch Erb-Gut“ heißen müssen. Und welchen Sinn könnte man dem Worte „erworben“ beilegen?

Mir scheint daher die erste der obigen Erklärungen dem Wortsinne am angemessensten zu sein, weshalb ich mit v. d. Fecht[10]) den ganzen Satz so verstehe: besitzt der Testator kein anderes Erbgut als solches, das ihm, in Folge eines von ihm geführten Processes, durch ein rechtskräftiges Erkenntniß zugesprochen worden, so bedarf es, wenn er dieses Erkenntniß seinem Testamente beifügt, einer weitern Erklärung von seiner Seite nicht. Und diese Auslegung läßt denn auch den ganzen Zusatz als eine leidlich vernünftige Ausnahme erscheinen. Denn die selbst an Eidesstatt abgegebene Erklärung des Testators kann immer nur eine Präsumtion für die Richtigkeit der Angabe erzeugen. Ist dagegen „mit Gerichten und Rath der Stadt“ (durch ein richterliches Erkenntniß) documentirt, wie viel Erbgut dem Testator damals, als er solches „mit Recht“ (d. h.

---

[10]) ad Thes. I. S. 938. Ihm ist auch Schlüter eod. II. S. 183 gefolgt.

auf processualischem Wege) forderte, zugesprochen, daher von ihm „erworben“ worden, so ist damit dem Gegenbeweise der Erbgutsberechtigten ein viel festerer Damm, als durch eine bloße Angabe entgegengesetzt, indem ihnen nun nichts weiter übrig bleibt, als eine später erfolgte Vermehrung des Erbgutes nachzuweisen.

Zweites Capitel.

Ausnahmsfälle, in denen das Recht auf Succession in die Erbgüter ganz oder theilweise wegfällt.

§. 9.

I. Durch renuntiative Erbverträge. — A. als Hauptverträge. — 1. Durch Erbverzicht.

Nachdem im vorigen Capitel die Grundregel der ganzen Materie, daß die Erbgüter den Erbgutsberechtigten ungeschmälert zu hinterlassen seien [1]), im Einzelnen ausgeführt worden, sind im gegenwärtigen Capitel noch die Ausnahmsfälle zu erörtern, in welchen das Erbgut entweder ganz oder theilweise allen Erbgutsberechtigten oder einigen derselben entzogen werden kann.

Die natürlichste und zunächstliegende Art wie letzteres geschehen kann, ist diejenige, durch welche

---

[1]) Siehe S. 33.

schon nach älterem Recht eine auch nicht durch ehehafte Noth bedingte Veräußerung des Erbgutes sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall möglich ward. Wenn nämlich die zum Widerspruch berechtigten Personen sich dieser ihrer Befugniß in einem einzelnen Falle begeben zu wollen erklärten, d. h. wenn sie in die Veräußerung entweder ausdrücklich oder stillschweigend consentirten (sie bevollborteten), so war dadurch jede Beschränkung der Disposition über dasjenige Erbgut, worauf sich jener Consens bezog, hinweggefallen [2]. Die Form des letzteren war jedoch verschieden, je nachdem eine Disposition unter Lebenden oder eine Verfügung auf den Todesfall vorlag. Bei ersterer mußte nämlich der Consens regelmäßig bei der Auflassung selbst, daher vor dem ganzen Rathe geschehen [3], bei letzterer jedoch nur dann, wenn sie in einem, die Auflassung nothwendig machenden zweiseitigen Geschäfte (einer eigentlichen Vergabung auf den Todesfall) bestand. Bei einer einseitigen letztwilligen Verfügung war es dagegen hinreichend, wenn die Abgabe des Vollbortes vor zweien dazu committirten Mitgliedern des Senats geschah [4].

---

[2]) Vergl. Pauli l. c. I. §. 22; v. Sydow l. c. §. 42 u. S. 309 Note 966; Beseler l. c. III. S. 222.

[3]) So heißt es im Stadtr. von 1292 (F. 5): so welkerhande goet vor dheme rade upghelaten wert.... nun de to antworde is, den dat angheit; nun ne wederredet he is dar nicht, id blifft all stede.

[4]) So heißt es in dem Stadtr. von 1292 (E. 25) und 1497 (K. 8): welk man edder vrowe ghuet vergheven wil, dat eme van synen

Heut zu Tage nun, wo das alte Widerspruchsrecht ganz hinweggefallen ist, kann auch von einem Consense in eine Erbgutsveräußerung unter Lebenden nicht mehr die Rede sein, dagegen kann noch jetzt die Begebung des Rechtes auf Succession in die Erbgüter, wiewohl sie auch als ein von jeder anderweitigen Disposition völlig unabhängiger Erbvertrag vorkommt, alsdann in der Form eines Consenses erscheinen, wenn sie mit der Errichtung eines Testaments oder eines acquisitorischen Erbvertrages mit einem Dritten zusammenfällt.

Ein solcher renuntiativer Erbvertrag[5]), d. h. dasjenige pactum, durch welches der promittirende Paciscent (der Erbberechtigte) dem acceptirenden Paciscenten (dem Erbpflichtigen) gegenüber, seinem ihm durch Gesetz oder Vertrag gegebenen Rechte[6]) auf Succession in den ganzen oder theilweisen Nachlaß des letzteren (hier in die Erbgüter desselben) entsagt, kommt nun auch in unserem neuesten Statute in mehrfacher Gestalt vor, und zwar einmal,

---

olderen edder van synen vrunden anghestorven ys, na synem dode to ghevende, un volbordet dat de ghone, de syn neghiste erve is .... vor deme rade edder vor tween radmannen, de dar van des rades weghene to ghesand wurden, dat shal stede bliven.

[5]) Vergl. die ausführliche und treffliche Erörterung von Beseler l. c. III. §. 24 u. 25.

[6]) Ein Verzicht auf ein testamentarisches, jedoch noch nicht angefallenes Erbrecht (welches kein Notherbenrecht ist), ist deshalb nicht wohl denkbar, weil ein Testator, dem die einseitige Widerrufung seines Testamentes freisteht, desselben niemals bedürfen wird. Vergl. Beseler l. c. III. S. 234.

wie schon erwähnt, als ein entweder selbstständiger oder mit der Errichtung eines Testaments verbundener Hauptvertrag, sodann als ein zu einem acquisitorischen Erbvertrage mit einer dritten Person hinzukommender Nebenvertrag.

Erstere Art läßt jedoch wieder zwei verschiedene Unterarten zu, je nachdem die Renuntiation eine absolute oder eine relative ist, d. h. je nachdem der Erbgutsberechtigte entweder seinem Rechte entsagt, ohne für diese Entsagung sofort durch einen Theil des dem Acceptanten angefallenen Erbguts entschädigt zu werden, oder auch auf der Stelle mit einem gewissen Quantum desselben abgefunden wird. Für erstere Art wähle ich die Benennung Erbverzicht, während ich letztere als Abfindungsvertrag bezeichne [7].

Der Erbverzicht kann nun, wie erwähnt, auch dann, wenn er nicht als Nebengeschäft zu einem anderen Erbvertrage hinzutritt, sowohl allein als in

[7]) Die Benennungen sind hier noch nicht gehörig festgestellt. Hasse (Rhein. Mus. II. S. 151) hat für renuntiative Erbverträge überhaupt die Bezeichnung „Enterbungsvertrag" gewählt, während Beseler dieselben mit dem gemeinsamen Ausdrucke Erbverzicht belegt. Läßt sich nun auch gegen letztere Bezeichnung, da ja stets ein, nicht auf ein gewisses Vermögensquantum, sondern auf ein Recht sich beziehender Verzicht vorliegt, durchaus nichts einwenden, so war doch für die gegenwärtige Erörterung eine abgesonderte Benennung der beiden oben bezeichneten Arten von Erbverzichte durchaus nöthig. Deshalb habe ich die allgemeine Bezeichnung „renuntiativer Erbvertrag" beibehalten, während ich den „Erbverzicht," als in der obigen engern Bedeutung genommen, dem Abfindungsvertrage gegenüber gestellt habe.

Verbindung mit der Errichtung eines Testaments vorkommen. Für letzteren Fall schreibt der Art. 10 h. t. vor, daß der Verzicht „vor dem Rath oder zween Personen, so von des Rathes wegen darzu gesandt,“ d. h. zur selbigen Zeit abgegeben werden müsse, wenn der Testator sein Testament, und zwar in der, im Art. 1 u. 2 h. t. als „heilsam“ empfohlenen Form errichtet.

Mit Recht bemerkt Gries [8], daß bei der wörtlichen Recipirung dieses Artikels aus den älteren Stadtrechten [9] wohl schwerlich daran gedacht sei, daß man im Art. 3 h. t. [10] auch die, den früheren Stadtrechten noch völlig unbekannte Testirungsform des gemeinen Rechtes zugelassen, weshalb denn auch wohl nicht angenommen werden darf, man habe, trotzdem, daß man die römischrechtliche solenne Testirungsart verstattet, durch obige Bestimmung dem Testator gewisser Maßen einen indirecten Zwang auferlegen wollen, sich der für heilsamer gehaltenen Form zu bedienen [11].

Für das heutige Recht wird nun vollends eine Beschränkung auf irgend eine Testirungsform, läge sie auch in der obigen Bestimmung, jedenfalls als

---

[8]) l. c. II. S. 158.

[9]) Siehe oben Note 4.

[10]) Vergl. Nürnb. Reform. Tit. 29. Ges. 1.

[11]) Vergl. Joach. Müller ad Thes. II. S. 756: Quid si id fiat in testamento, *forma juris civilis* confecto? *sufficere* videtur, si ratihabitio probari queat, quum etiam forma juris communis testari liceat per Art. 3 h. t.

obsolet erscheinen müssen, und zwar schon deshalb, weil die von Rathspersonen errichteten Testamente, die schon im ersten Decennium des 18ten Jahrhunderts nicht mehr an der Tagesordnung waren [12]), jetzt gänzlich außer Gebrauch gekommen sind [13]). Es ist daher außer allem Zweifel, daß der Erbverzicht heut zu Tage einer jeden Disposition auf den Todesfall, einerlei in welcher Form dieselbe errichtet wird, hinzugefügt, aber auch eben sowohl unabhängig von einer solchen errichtet werden kann und zwar im letzteren Falle in jeder beliebigen Form [14]), da der Art. 10 h. t. eine solche für das Testament, dem der Verzicht hinzugefügt wird, nicht aber für letzteren selbst vorschreibt. Ist nun der Erbverzicht nach der Testamentserrichtung eingegangen, so convalescirt auch durch diesen nachträglichen Consens das Testament in so weit, als es der Regel nach, wegen der

[12]) So sagt schon Joach. Müller ad Thes. II. S. 751: „die Wenigsten brauchen hodie die im Art. 1 vorgeschriebene Weise," und zwar fügt er als Grund hinzu, „weil sie nicht gern wollen, daß ihr letzter Wille Jemandem, er sei wer er wolle, vor ihrem Tode kund werde.

[13]) Nach Gries l. c. II. S. 128 ist noch im Jahre 1818 ein Testament in althamburgischer Form vorgekommen, welches denn wohl das letzte Beispiel eines solchen gewesen sein dürfte.

[14]) Daß zur Gültigkeit eines Erbverzichtes nicht, wie ältere, sich auf eine Bestimmung des canonischen Rechts (c. 2 de pact. in VIto) stützende Juristen behaupten, die Hinzufügung einer eidlichen Bestärkung erforderlich sei, wird heut zu Tage wohl kaum noch bezweifelt. Vergl. Eichhorn l. c. §. 349; Heise u. Cropp l. c. II. S. 267; Beseler l. c. III. S. 244; *Gerdes:* de validitate pactor. success. juramento non conf. Gryph. 1729.

an sich unzulässigen letztwilligen Verfügung über Erbgut, zu rescindiren gewesen wäre [15]).

Besteht nun die Wirkung eines Erbverzichtes im Allgemeinen darin, daß das nothwendige Erbrecht des Renuntianten in so weit als der Verzicht reicht, aufgehoben, das letztwillige Dispositionsrecht des Acceptanten dagegen ein unbeschränktes wird [16]), so heißt das, auf unsere concrete Materie angewandt, so viel als: hat der Erbgutsberechtigte der einstmaligen Succession in das Erbgut entsagt, so ist der Testator, ihm gegenüber, über sein Erbgut zu testiren befugt.

Diese Wirkung muß jedoch, schon nach allgemeinen Rechtsprincipien, alsdann hinwegfallen, wenn der zur Zeit der Verzichtleistung als nächster Intestaterbe des Acceptanten geltende Renuntiant entweder den Tod des ersteren gar nicht erlebt, oder vor dem Tode desselben durch die Geburt eines Näherberechtigten aus seiner ursprünglichen Stellung als nächster Intestaterbe verdrängt worden ist.

Für die nachgeborenen Erbgutsberechtigten folgt

---

[15]) Vergl. Gries l. c. II. S. 158. — Die Frage, ob und in wie weit ein Testament gültig oder ungültig sei, ist nämlich nur nach dem Momente, in welchem der Testator stirbt, zu beurtheilen. Wenn daher ein Testament auch zur Zeit der Errichtung desselben, wegen irgend eines inneren oder äußern Fehlers, ganz oder theilweise nichtig war, so convalescirt dasselbe dadurch, daß dieser Fehler noch vor dem Tode des Testators reparirt wird. Vergl. l. 3. §. 10. D. de B. P. contr. tabl. (37. 4.) auch: Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 232. Note 42, S. 258 u. 450 u. Francke l. c. S. 383.

[16]) Vergl. Beseler l. c. III. S. 246 u. 252.

diese Regel schon aus dem allgemeinen im Art. 38 h. t. aufgestellten Principe, nach welchem jeder postumus, dessen Notherbenrecht im Testament nicht berücksichtigt worden, dasselbe völlig zu rumpiren berechtigt ist [17]). Aber auch den Descendenten des Renuntianten selbst schadet der Verzicht nicht, falls letzterer vor dem Acceptanten verstorben ist, da sie ja ihren Erbtheil kraft eines in ihnen selbst liegenden Rechtes und nicht etwa auf Grund eines solchen fordern, das sie von ihrem verstorbenen parens, der zur Zeit des Verzichtes nur präsumtiver nächster Intestaterbe war, jure transmissionis ererbt haben [18]).

Es ist daher die ausdrückliche Bestimmung des Art. 10 h. t.:

so aber derjenige, der das bevollborket, vor dem testatore verstürbe, ist alsdann dieselbe Gabe von keinen Würden,

keineswegs wie Hieron. Müller [19]) meint, eine vom gemeinen Rechte abweichende Singularität un-

[17]) Vergl. l. 1 C. de post. hered. (6. 29.).

[18]) Vergl. *Nieper:* de successione pactitia. §. 11; Beseler l. c. III. S. 250; Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVIII. S. 89 bis 97. A. M. ist Gönner: Über den Begriff eines Notherben und die Erlöschung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf deutsche Erbverträge. S. 17, 79, 83, 104 2c.

[19]) l. c. Stück 3. S. 171—174. Derselbe ist so verwundert über diese Bestimmung unseres Artikels, daß er meint, es werde durch sie der Satz: „quod non omnium, quae a majoribus sancita sunt, ratio reddi queat" bestätigt, wogegen die Langenbeck'sche Glosse das ganze Verhältniß schon vom richtigen Gesichtspunkte aus betrachtet, wenn sie hinzufügt: de sake effte handel mit den enen geschen mag den andern nich verfänklich wesen.

seres Statuts, vielmehr dem allgemeinen Principe des ersteren völlig conform. Dabei versteht es sich denn auch von selbst, daß die Descendenten des verstorbenen Renuntianten dadurch nicht schlechter gestellt werden können, daß sie die Erben des letztern geworden, oder daß dieser den Verzicht zugleich mit auf seine Nachkommenschaft ausgedehnt hat. Denn das Princip, daß der Erbe facta defuncti zu prästiren habe, kann nur auf solche Handlungen des Erblassers bezogen werden, durch welche ein Dritter Ansprüche auf das eigene Vermögen des erstern gewonnen hat, welche Verbindlichkeit daher auch zugleich mit dem Nachlasse auf die Erben übergeht. Daß dieses Verhältniß jedoch bei einem vom Erblasser eingegangenen Erbverzicht nicht vorhanden ist, liegt auf der Hand, denn wie wäre der Erblasser ein fremdes Recht zu vernichten im Stande, das, so lange er selbst am Leben, noch gar nicht als existent zu betrachten ist? [20])

Daß dagegen der Erbgutsbesitzer für den eventuellen Fall, daß an die Stelle der zur Zeit der Errichtung des Erbverzichtes, der Präsumtion nach, nächsten Intestaterben, bei seinem Tode andere aufgerückt sein sollten, auch diese entfernteren Erbgutsberechtigten mit hinzuziehen kann, versteht sich wohl nicht minder von selbst, als daß letztere stets, sobald sie dem Vertrage selbstständig beigetreten, auch durch

---

[20]) Vergl. Beseler l. c. III. S. 250.

denselben alsdann gebunden sind, wenn sie beim Tode des Acceptanten wirklich in die Stelle der bis dahin Näherberechtigten aufgerückt sein sollten[21].

§. 10.

2. Durch Abfindungsvertrag.

Bei einem renuntiativen Erbvertrage ist es im Grunde einerlei, ob der Renuntiant für seinen Verzicht sofort mit einer Summe Geldes entschädigt wird oder nicht, da das Object des Vertrags nicht das Vermögen des Acceptanten, sondern das präsumtive dereinstige Erbrecht des Renuntianten ist[1]. Sollte daher letzterer auch für die Aufgebung dieser seiner Aussicht, dereinst in die Verlassenschaft des ersteren zu succediren, eben so viel oder gar mehr bekommen als er, falls der Acceptant zur selben Stunde, jedoch vor Abschluß des Vertrages verstürbe, erhalten haben würde, so kann dadurch begreiflicher Weise die Natur des Geschäftes selbst nicht verändert werden, da die Summe dessen, was der Renuntiant, falls er nicht renunciirt hätte, dereinst als Intestaterbe des Acceptanten bekommen haben würde, sich nicht im Voraus bestimmen läßt. Deshalb wäre denn auch, dem Principe nach, zwischen der unentgeltlichen und der mit einer Entschädigung verbundenen Aufgebung, d. h. zwischen dem von mir

---

[21]) Vergl. Mühlenbruch zu Glück XXXVIII. S. 94.

[1]) Hasse l. c. II. S. 27 u. 246.

als eigentlichen Erbverzicht und dem von mir als Abfindungsvertrag bezeichneten Geschäfte, durchaus kein wirksamer Unterschied vorhanden. Dennoch aber ist es, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, für die hier zu erörternde Beziehung zum Erbgüterrecht durchaus nothwendig, beide Arten des Verzichtes genau von einander zu trennen.

I. Für den Abfindungsvertrag sind nun in unserem Statute zwei verschiedene Formen vorgeschrieben, je nachdem die Abfindung mit sämmtlichen Intestaterben überhaupt, oder mit einzelnen Kindern vorgenommen wird. Dieser blos äußerliche Unterschied beider Arten der Abfindung besteht nun lediglich darin, daß es zur Abfindung der Kinder nach Part. III. Tit. 3 Art. 2 [2]) nur der Hinzuziehung „zween ihrer nächsten Freunde" bedarf [3]), während die Abfindung

[2]) Vergl. Stadtr. v. 1270. III. 4 u. IV. 6. Es ist dies die alte Absonderung einzelner Kinder aus der Were, die wie es scheint, auch früher stets ein Erbvertrag gewesen. Denn im Art. IV, 6 heißt es: unde synem sone edder syner dochter noget. Hat aber das Wort noget (genüget, zufrieden stellt) offenbar ganz denselben Sinn, wie im oben citirten Art. 2 die Worte „und sie damit friedlich" so ergiebt sich auch daraus, daß die Absonderung aus der Were nicht, wie die bei Eingehung einer zweiten Ehe vorzunehmende Abschichtung der Kinder erster Ehe (Stadtr. v. 1270, III. 3.) einseitig vorgenommen werden konnte, sondern an den Consens des abzufindenden Kindes gebunden war. — Vergl. übrigens zu dem obigen Artikel: *Nic. Luc. Schaffshausen:* de jure sing. foemin. Hamb. (Hal. 1702) Cap. 2. §. 11 u. folg.

[3]) Dagegen bedarf es nicht, wie noch Winckel und Schlüter (ad Thes. I. S. 839 u. II. S. 188) wegen c. 2 de pactis in VIto (1. 18.) meinen, der eidlichen Bestärkung. Vergl. §. 9 Note 14.

sämmtlicher Intestaterben nach Art. 11 h. t.[4]) einer etwas größeren Förmlichkeit bedarf. Denn im letzteren Falle sollen die Erben sämmtlich convocirt und persönlich befragt werden, ob sie gegen die Art und Weise, wie die Vertheilung des Gutes vorgenommen werden soll, etwas einzuwenden haben, wobei es jedoch einerlei, ob die Abzufindenden ihren Consens ausdrücklich oder stillschweigend abgeben[5]). Die Zuziehung von Notaren an die Stelle der jetzt nicht mehr als höchste Beglaubigungszeugen fungirenden Rathspersonen, deren Gegenwart der Artikel verlangt, darf heut zu Tage wohl als zur Gültigkeit des Actes nicht erforderlich bezeichnet werden[6]); da es genügen dürfte, wenn nur überhaupt die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften nöthigen Falls bewiesen werden kann.

Abgesehen nun von diesem, für das heutige Recht wohl kaum noch in Betracht kommenden Unterschied in der Form, stehen sich beide Arten der Abfindung völlig gleich, da beide ausdrücklich als

---

Die Nürnberger Reform. Titel 33, Gesetz 7, verlangt dagegen den Eid.

[4]) Vergl. Stadtr. v. 1270 (I. 12.). Daß der Eingangs des Art. 11 h. t. gebrauchte Ausdruck „ein Mann" sich wie das Wort „man" auf beide Geschlechter beziehe, bedarf wohl kaum der Erwähnung. Vergl. Gries l. c. II. S. 160.

[5]) So sagt der Artikel ausdrücklich: „Schwiegen dieselben Erben alsdann mit Nicht-Widersprechen stille dazu." Es ist daher durchaus nicht, wie Winckel (ad Thes. I. S. 836) meint, ein ausdrücklicher Consens erforderlich.

[6]) A. M. ist Gries l. c. II. S. 160.

Verträge bezeichnet werden, indem sie nicht, wie die weiter unten zu berührende Abschichtung der Kinder früherer Ehen, einseitig vorzunehmen, vielmehr vom Consense der betheiligten Personen abhängig sind[7]).

Die Wirkung eines solchen Abfindungsvertrages, einerlei ob derselbe, wie nach Art. 11 h. t., die Vertheilung des ganzen Vermögens oder nur, wie nach dem citirten Art. 2, die Absonderung einzelner Kinder mit „gewissem Gute" bezweckt, besteht nun, hinsichtlich der von ihm mitumfaßten Erbgüter, darin, daß der Abfindende, den Abgefundenen gegenüber, über das ihm später zufließende Erbgut völlig ungehindert letztwillig verfügen kann. Hinsichtlich dieses Punktes träfe also die Wirkung des hier in Rede stehenden Vertrages mit der des reinen Erbverzichtes völlig überein. Anders ist es jedoch mit der Wirkung auf die nachgeborenen oder aufgerückten Erbgutsberechtigten, denn die im vorigen Paragraphen beim Erbverzicht aufgestellte Regel, daß durch denselben der Anspruch der nachgeborenen oder in die Stelle des Renuntianten getretenen Erbgutsberechtigten nicht verloren gehe, leidet, hinsichtlich der Succession in die Erbgüter, auf den Abfindungsvertrag nur theilweise Anwendung, welche Abweichung von dem sonst als allgemeine Regel geltenden gleichen Einflusse eines Abfindungsvertrages, sich als ganz natürlich herausstellen wird, sobald man bedenkt, daß hier hinsichtlich des Anspruches der Erbgutsberechtigten auf das Erbgut von einem

---

[7]) Vergl. Gries l. c. II. S. 161 u. 247.

ganz andern Gesichtspunkt ausgegangen werden muß, als von welchem aus der Anspruch der Pflichttheilsberechtigten auf Hinterlassung eines Theils der wohlgewonnenen Güter zu beurtheilen ist. Denn hat der Erblasser über sein wohlgewonnenes Gut mit denjenigen seiner Intestaterben, die zugleich seine Pflichttheilsberechtigten sind, einen renuntiativen Erbvertrag abgeschlossen, so geht dadurch das Recht der nachgeborenen oder aufgerückten Pflichttheilsberechtigten deshalb in keinem Falle, einerlei ob dem Vertrage ein reiner Verzicht oder eine Abfindung zum Grunde liegt, verloren, weil die legitima nicht wie das Erbgut aus einem realen, sondern aus einem idealen Theile des Nachlasses besteht, man daher auch niemals sagen kann: diejenige legitima, die ein späterer Pflichttheilsberechtigter bei dem Tode des Testators zu fordern hätte, sei schon an den weggefallenen, zur Zeit des Erbvertrages näheren Pflichttheilsberechtigten vergeben worden [8]).

Ganz anders verhält es sich aber beim Erbgute. Hier ist das Verhältniß bei einem Erbverzichte und bei einem Abfindungsvertrage ein sehr verschiedenes. Denn bei ersterem verbleibt das Erbgut im Besitz des Erblassers und der Renuntiant giebt nur

---

[8]) Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVIII. S. 96 will jedoch in dem hier in Rede stehenden Falle, den Descendenten des vor dem Erblasser verstorbenen Renuntianten gegenüber, alsdann die exceptio doli verstatten, wenn sich in dem Nachlasse des letzteren, nach Abzug der legitima, noch der volle Werth dessen, womit derselbe abgefunden worden, vorfindet. Vergl. darüber Beseler l. c. III. S. 252.

sein eventuelles Successionsrecht in dasselbe auf. Stellt sich daher beim Tode des Testators heraus, daß das Recht auf Succession in die Erbgüter, weil dasjenige des Renuntianten gar nicht zur Existenz gekommen, nunmehr bei einer anderen Person ist, so ist auch, wie §. 9 näher erörtert worden, durchaus kein Grund vorhanden, warum letztere nicht ihr, von dem sie gar nicht berührenden Verzichte völlig unabhängiges Recht geltend machen könnte. Beim Abfindungsvertrage entäußerte sich dagegen der Abfindende ganz oder theilweise seines damaligen Erbgutes, es ist also schon die Unmöglichkeit vorhanden, daß er diesen einmal weggegebenen Theil seines Vermögens noch einmal vergebe. Es wäre daher nur noch die eine Frage möglich, ob er nicht diesen Abgang seines Erbgutes aus seinem wohlgewonnenen Vermögen zu repariren habe. Dies würde aber, da durch die hier in Rede stehende Entäußerung des Erbgutes das wohlgewonnene Gut weder direct noch indirect vermehrt worden, nur dann der Fall sein können, wenn jene Abfindung als eine Schenkung und zwar als eine solche zu betrachten wäre, die, nach dem, was S. 93 erörtert worden, vom wohlgewonnenen Gute ersetzt werden muß. Allein daß ein Abfindungsvertrag in keinem Falle eine Schenkung sei, bedarf wohl keines Beweises, da weder ein animus donandi auf Seiten des Abfindenden, noch eine eigentliche Bereicherung auf Seiten des Abgefundenen vorhanden ist [9]), da

---

[9]) Vergl. Savigny l. c. IV. §. 149—152.

der augenblickliche Gewinn des letzteren durch eine Gegenleistung, den Verzicht auf sein eventuelles Successionsrecht, aufgewogen wird, folglich auch in der Folge wiederum verschwinden kann. Es kann daher der Umstand, daß die Gegenleistung des Abgefundenen, weil sie gewissermaßen nur in der Aufgabe einer Hoffnung bestand, dem Abfindenden in der Folge werthlos ward, die Leistung des letzteren eben so wenig zu einer Schenkung stempeln, als z. B. der für Abtretung eines Lotterieloofes gezahlte Preis dadurch zu einer Schenkung wird, daß ersteres eine Niete davon getragen.

Es kann daher der nachgeborene oder aufgerückte Erbgutsberechtigte, was sich schon aus der Regel, daß heut zu Tage das Erbgut nur in der Quantität zu hinterlassen sei, in welcher es noch beim Tode des Testators vorhanden [10]), ergiebt, niemals eine größere Erbgutsportion fordern, als sich im Nachlasse befindet, geht daher des, bereits inter vivos vertheilten Erbgutes verlustig. Dagegen versteht es sich von selbst, daß er ein, auf keine Weise durch den früheren Abfindungsvertrag beeinträchtigtes Anrecht auf diejenigen Erbgüter hat, die entweder nicht mit vertheilt oder dem Erblasser nach dem Abfindungsvertrage zugeflossen sind. Denn da er bei letzterem weder participirt noch in irgend etwas consentirt hat, so wird ihm derselbe auch nur so weit, als dies eine Folge der dem Testator inter vivos verstatteten

[10]) S. 90.

freien Disposition ist, nachtheilig, im übrigen aber eben so wenig wie ein eigentlicher Erbverzicht präjudicirlich sein können [11]).

II. Schließlich ist hier noch der Frage zu ge-

[11]) Man könnte hier noch die Frage aufwerfen, ob nicht der spätere Erbgutsberechtigte diejenigen Abgefundenen, die er nicht verdrängt hat, sondern an deren Seite er gerückt ist, zur Collation zwingen könne. Allein da eine solche Collation, mit der natürlich auch die Auflebung des ursprünglichen Successionsrechtes der Abgefundenen verbunden sein müßte, dem späteren Erbgutsberechtigten bald vortheilhaft, bald nachtheilig wäre, so müßte man, dürfte letzterer zu seinem Vortheil die Collation verlangen, auch den Abgefundenen in solchem Falle das Recht einräumen, an dem vom Erblasser nach der Abfindung erworbenen Erbgute, gegen Conferirung des bereits Empfangenen, alsdann zu participiren, wenn dies für sie vortheilhaft wäre. Allein dies ist es ja gerade, was der Erblasser durch den Abfindungsvertrag hat vermeiden wollen. Auch läßt sich ein solches Ansinnen keineswegs aus dem Art. 14 des Recesses von 1603 entnehmen, wo nur von der Collationspflicht desjenigen Erbgutes die Rede ist, das einzelne Erbgutsberechtigte, die nach dem Tode des Erblassers am ganzen Erbgute gleichfalls participiren sollen, inter vivos erhalten haben. Zudem enthält Part. III. Tit. 4. Art. 2 die ausdrückliche Bestimmung, daß selbst der, welcher der Regel nach zu conferiren hätte, sobald er sieht, daß ihm die Collation nachtheiliger als ein Verzicht auf den ganzen Nachlaß wäre, sich des letzteren bedienen dürfe, falls er bei der Abfindung nur nicht zum Nachtheil der anderen Erben mehr erhalten, als damals seine Erbgutsportion betragen haben würde. (Vergl. Vegesack ad h. a. in der neuesten Ausg. d. Statuts.) Daß aber auch letztere Einschränkung nicht den berühren kann, der, als bereits Abgefundener, gar nicht mehr zum Nachlasse concurrirt, bezeugt schon Joach. Müller (ad Thes. II. S. 810) wenn bei Erörterung des zuletzt erwähnten Artikels die Frage „an etiam hujus articuli dispositio in *filia,* secundum Art. 2. Tit. 3. h. p. *separata*, locum inveniat?“ mit „non videtur“ beantwortet.

denken: gehört auch die, von dem zur zweiten Ehe schreitenden parens gesetzlich vorzunehmende Abschichtung der Kinder erster Ehe[12]), wie von einigen Schriftstellern angenommen wird[13]), zu den renuntiativen Erbverträgen? Daß dies nicht der Fall sei, ergiebt sich einmal aus der von dem Abfindungsvertrage ganz verschiedenen Natur der Abschichtung selbst, sodann aber auch vornämlich aus der Verschiedenheit der Folgen, die unser topisches Recht an diese verschiedenen Institute knüpft.

Denn sehen wir zuvörderst auf die Form der Abschichtungen selbst, so widersprechen letztere schon dadurch der hauptsächlichsten Bedingung jedes Vertrages, daß sie auch auf einseitiges Begehren vorgenommen werden müssen[14]). Denn der parens, der zur zweiten Ehe schreitet, muß, sobald seine Kinder es verlangen, die Abschichtung vornehmen, er mag wollen oder nicht[15]), und nur der Vater hat die Wahl, ob er sie ganz oder theilweise, d. h. blos vom mütterlichen Separatvermögen[16]) beschaffen

---

[12]) Part. III. Tit. 3. Art. 4, 6, 7 u. 13. — Vergl. über die verschiedenen Benennungen: Beseler l. c. III. S. 309 Note 1.

[13]) z. B. von Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVIII. S. 76 u. 77. Derselbe ist sogar (Note 69) der Ansicht, daß unser topisches Recht nur der, seiner Ansicht nach, zu den renuntiativen Erbverträgen zählenden Abschichtungen Erwähnung thue. Das Gegentheil beweisen jedoch die bereits erwähnten Art. 10 u. 11 h. t. u. Part. III. Tit. 3 Art. 2.

[14]) Vergl. Note 2.

[15]) So heißt es in der Vormundschafts-Ordnung von 1831: „Der Vater muß die Abtheilung bewerkstelligen ꝛc."

[16]) Part. III. Tit. 3 Art. 4. Vergl. Gries l. c. II. S. 464.

will. Aber auch die Kinder müssen sich, sobald der überlebende parens es will, die Abschichtung gefallen lassen [17]), diese mag nun, nach den Verhältnissen des Augenblicks, vortheilhaft oder nachtheilig für sie sein. Wo aber beide Parteien sich gegenseitig, oder auch eine Partei, die andere, zu dem, was sie miteinander vornehmen, zu zwingen befugt sind, da kann natürlich von einem Vertrage nicht die Rede sein, stände es selbst unter den Parteien fest, daß man auch, falls die Zwangspflicht nicht existirte, durch Übereinkunft zu demselben Resultate gekommen sein würde. Es kann daher von einem Vertrage nur dann die Rede sein, wenn sich beide Parteien dahin vereinigen, daß die Abschichtung gar nicht vorgenommen werden soll. Aber alsdann ist natürlich keine Abschichtung selbst, sondern ein ganz neuer Vertrag vorhanden, wie er in der Regel in Verbindung mit einem anderen hier

---

17) Daher nicht blos, wenn der überlebende parens zur zweiten Ehe schreiten will, sondern jederzeit, sobald es diesem gut dünkt, denn es heißt im Part. III. Tit. 3 Art. 3: „so mag er nicht genöthigt werden, bei Leben die Güter mit seinen Kindern zu theilen," woraus sich ergiebt, daß ihm die Befugniß dazu nicht abgesprochen werden kann. Vergl. Gries l. c. II. S. 248. Ob ihm jedoch die Befugniß einzuräumen wäre, ein einzelnes seiner Kinder ohne dessen Consens abzuschichten, während er mit den übrigen das Communionverhältniß fortführt, dürfte schwer zu entscheiden sein. Gries (l. c. II. S. 249) verneint, wie mir scheint, mit Recht die Frage, nur dürfte mit der Berufung auf Part. III. Tit. 3. Art. 2 nicht viel genützt sein, da dieser Artikel einerseits von einem auch bei Lebzeiten beider Eltern abzuschließenden Vertrage, andererseits keineswegs von einem einzelnen Kinde redet.

nicht näher zu erörternden Vertrage, der s. g. Einkindschaftung, vorkommt [18]).

Sodann zeigen auch die Folgen, welche gesetzlich mit Abschichtung der Kinder verbunden sind, zur Genüge, daß bei letzterer von nichts weniger als von einem Erbvertrage die Rede sein könne. Denn ein jeder renuntiativer Erbvertrag schließt, wie oben gezeigt, das Successionsrecht des Renuntianten selbst aus, weshalb denn der Acceptant, ersterem gegenüber, das ihm gebliebene oder später angefallene Gut ungehindert auf den Todesfall vergeben kann. Es hat daher der Renuntiant, wenn ihm auch ein eventuelles Intestaterbrecht verbleibt [19]), doch jedes Noth-

[18]) Es ist daher die Behauptung v. Strombeck's (in v. Kamptz Jahrb. XIII. S. 335), daß der Einkindschaftsvertrag immer nur zwischen dem einen Ehegatten und den Kindern des anderen Theils abgeschlossen werde, nicht völlig auf unser topisches Recht anzuwenden. Denn nach letzterem liegen der Einkindschaft eigentlich zwei Verträge zum Grunde, nämlich einmal derjenige des einen Ehegatten mit seinen Stiefkindern, sodann die Vereinbarung des anderen Ehegatten mit seinen leiblichen Kindern, die gesetzlich vorgeschriebene Abschichtung nicht vornehmen zu wollen.

[19]) Dieses tritt bei dem nach Part. III. Tit. 3. Art. 3 abgefundenen Kinde in der Regel schon dann ein, wenn es nicht mit anderen unabgesonderten Descendenten concurrirt. So sagt Joach. Müller (ad Thes. II. S. 785): Cessat exclusio: 1) si *nulli adsint* fratres vel sorores aut horum liberi, dicitur enim „sie sollen mit ihnen nicht erben." 2) Si *omnes* liberi aeque *segregati sunt,* nam hi aequali jure gaudent. 3) Si soli segregati liberi adsint et *concurrant cum vitrico vel privigna;* excipe: nisi in horum favorem separatio facta. 4) Si adsint liberi non segregati, sed hereditate parentum *abstineant.* — Vergl. auch: Schlüter u. Schulte ad Thes. II. S. 188 u. 421; *Amsinck:* de succes. liber. separat. ex jur. Hamb. Goett. 1774. §. 12—20 u. Gries l. c. II. S. 247.

erbenrecht verloren und kann deshalb hinfort weder als erbguts=, noch als pflichttheilsberechtigt betrachtet werden. Bei der Abschichtung tritt dagegen niemals diese nothwendige Wirkung eines jeden renuntiativen Erbvertrages ein, da sowohl die Erbguts= als die Pflichttheilsberechtigung des nur vom Mütterlichen abgetheilten Kindes völlig unverändert bleibt [20]), das Notherbenrecht des völlig abgeschichteten Kindes dagegen nur so lange schlummert, als letzterem unabgeschichtete Kinder zur Seite stehen. Blieb daher z. B. die zweite Ehe kinderlos, so wacht auch das Notherbenrecht der sammt und sonders völlig abgeschichteten Kinder erster Ehe wieder auf; diese können daher auch sowohl ihre legitima als ihre Erbgutsportion, beides aber natürlicher Weise nur unter Einrechnung des bereits bei der Abschichtung Empfangenen, fordern, daher auch das dagegen verstoßende Testament ihres verstorbenen parens anfechten [21]).

---

[20]) Part. 3. Tit. 3. Art. 4 heißt es nämlich: der Vater müsse dieselben nach seinem Tode mit den Kindern zweiter Ehe, nachdem auch diese ihrer Mutter Separatvermögen vorausgenommen, in die Häupter erben lassen. Damit ist jedoch schwerlich die Befugniß ausgeschlossen, das vom Mütterlichen abgetheilte Kind blos auf seinen Erbguts= und Pflichttheilsantheil zu setzen, oder, falls ein gesetzlicher Grund vorhanden, völlig zu enterben.

[21]) Dieser gewiß einzig richtigen Ansicht ist v. d. Fecht ad Thes. I. S. 945, wenn er sagt: Denn wenn keine Kinder ex posteriori matrimonio gezeugt werden, so haben die abgesonderten Kinder das jus in bonis hereditariis und das jus legitimae in bonis acquisitis **nicht** verloren. Vergl. auch Gries l. c. II. S. 203. Ob dagegen alle die bei Pauli II. S. 214 Note 257 u. 258 aufgeführten Schriftsteller entgegengesetzter Meinung sind, ist des=

Ergiebt sich nun aus dem Obigen, daß die Abschichtungen der Kinder früherer Ehen nicht als renuntiative Erbverträge betrachtet werden können [22]), so sind auch auf sie die Grundsätze der letzteren nicht da anzuwenden, wo ihnen nicht schon ausdrückliche Gesetze abweichende Folgen beigelegt haben. Dagegen versteht es sich von selbst, daß auch die Kinder erster Ehe, sobald sie bei der Abschichtung zugleich auf ihr Notherbenrecht verzichtet haben, keine, sie von jeder

---

halb nicht mit Gewißheit zu sagen, weil eben nicht genau zwischen der vertragsmäßigen Abfindung und der einseitigen Abschichtung unterschieden ist. Daher mag es denn auch kommen, daß man sich über die Ansicht eines von mir nicht verglichenen Schriftstellers (Mevius) nicht recht einig zu sein scheint. Westphalen citirt denselben in der Note zur obigen Stelle für die, auch von mir adoptirte Ansicht von Gries und v. d. Fecht, und auch Pauli behandelt ihn als Gegner der seinigen, während Beseler (l. c. III. S. 322 Note 29) dies als einen Irrthum rügt. — Auch Cropp (l. c. II. S. 265) unterscheidet nicht zwischen der einseitigen Abschichtung und der vertragsmäßigen Abfindung, weshalb ich die Ansicht desselben aus der Note 4 daselbst nicht mit Sicherheit entnehmen kann. Denn derselbe redet von einem Verzicht und dazu mit Beziehung auch auf den von ihm in Note 3 citirten Part. III. Tit. 3. Art. 2, in Rücksicht auf welchen auch von mir der Ansicht, daß dem vertragsmäßig abgefundenen Kinde deshalb kein Notherbenrecht mehr zuzugestehen sei, weil aus dem, der Abfindung zum Grunde liegenden Verzichte, zunächst dem Acceptanten ein Recht auf ungehinderte Testirungsbefugniß erwachse, vollkommen beigepflichtet worden. Hat aber Cropp damit das Notherbenrecht des nicht mit unabgeschichteten Kindern concurrirenden abgeschichteten Kindes nicht ausschließen wollen, so war auch Mittermaier (l. c. §. 355 = §. 405 in der 5. Aufl.) nicht als Gegner zu behandeln, denn letzterer redet offenbar nur von der einseitigen Abschichtung.

[22]) Dies bestätigt auch Beseler l. c. III. §. 28.

ferneren Beerbung ausschließende Disposition ihres parens anfechten können, vielmehr lediglich ihr eventuelles Intestaterbrecht behalten. Denn alsdann stehen sie jedem anderen abgefundenen Intestaterben völlig gleich [23]).

§. 11.

B. Als Nebenvertrag zu einem Ehezärter.

Daß renuntiative Erbverträge auch als Nebenverträge zu acquisitorischen Erbverträgen mit dritten Personen vorkommen können, versteht sich von selbst, zumal da letztere unter Umständen, z. B. wenn derjenige Contrahent, der zu Gunsten des andern über sein Vermögen verfügen will, nur Erbgut besitzt, gar nicht ohne erstere möglich sind.

Da nun renuntiative Erbverträge, auch wenn sie als Nebenverträge zu anderen Hauptverträgen mit dritten Personen hinzutreten, der Regel nach ganz in derselben Weise zu beurtheilen sind, als wenn sie als selbstständige Verträge abgeschlossen wären, so ist derselben auch hier speciell nur in so weit zu gedenken, als bei ihnen in einem einzelnen Falle besondere Singularitäten, welche zugleich das Erbgüterrecht berühren, zum Vorschein kommen. Dies ist nun ausnahmsweise dann der Fall, wenn sie als Nebenverträge zu einer Ehestiftung (Ehezärter) hinzutreten [1]).

---

[23]) Vergl. Beseler l. c. III. S. 316.

[1]) Vergl. *Richey:* de pactor. dotal. mutat. ob favor. bonor. her. heredit. jur. Hamb. restricta. Traj. ad Rhen. 1732.

Von einer näheren Erörterung der letzteren, die in eine Abhandlung über Erbverträge nach hamburgischem Recht gehören würde, kann hier begreiflicher Weise nicht die Rede sein, wo ja der Erbverträge überhaupt nur in so weit zu gedenken, als dies zur Beantwortung der Frage, in wie weit durch eine besondere Art derselben (den renuntiativen Erbvertrag) die Erbgutsberechtigung aufgehoben werden kann, erforderlich ist.

Es ist nun in den vorhergehenden Paragraphen dargethan, daß ein renuntiativer Erbvertrag zwar jede Erbguts- und Pflichttheilsberechtigung des Renuntianten selbst aufhebt, daß dagegen der nachgeborene oder aufgerückte Erbgutsberechtigte durch einen absoluten Erbverzicht niemals[2]), durch einen Abfindungsvertrag aber nur soweit präjudicirt wird, als er, der allgemeinen Regel nach, nur das beim Tode des Erblassers noch vorhandene, nicht aber das von letzterem bereits inter vivos weggegebene Erbgut zu fordern berechtigt ist[3]).

Allein diese Regel findet auf alle renuntiativen Erbverträge, die, als Nebenverträge, zu einem mit einer dritten Person abzuschließenden Ehezärter hinzukommen, keine Anwendung, es soll vielmehr ein Ehezärter, sobald nur die zur Zeit der Errichtung präsumtiven Erbgutsberechtigten demselben, unter Verzichtleistung auf ihr Successionsrecht, beigetreten sind,

---

[2]) S. 109 in fine.
[3]) S. 118.

auch späterhin weder von den aufgerückten noch denjenigen der nachgeborenen Erbgutsberechtigten, die nicht von den Paciscenten des Hauptvertrages (des Ehezärters) selbst gezeugt worden [4]), angefochten werden können.

Diese Ausnahme, zu deren Anerkennung Hier.

---

[4]) Hinsichtlich der Succession in die Erbgüter muß nämlich die Parömie „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" auch bei uns ihr volles Gewicht äußern, da ja das desfallsige Notherbenrecht des postumus nicht wie bei der legitima auf eine portio portionis ab intestato, sondern auf seinen vollen Erbgutsantheil gerichtet ist. Es ist daher hinsichtlich der Erbgutsberechtigung des postumus einerlei, ob ihm dieselbe im Ehezärter reservirt ist oder nicht, denn das Resultat ist in beiden Fällen dasselbe. Anders ist es jedoch bei der Pflichttheilsberechtigung desselben. Hier kann unmöglich der Satz „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" als durchgreifende Regel hingestellt und daher angenommen werden, daß die Geburt eines postumus unter allen Umständen den Ehezärter ungültig mache, daß folglich eine kinderlose Ehe die stillschweigende Bedingung bei Errichtung jedes Ehezärters sei. Denn warum sollte das Pflichttheilsrecht des postumus nicht eben so gut in einem Ehezärter wie in einem Testamente berücksichtigt werden können? Denn mehr als seine legitima kann auch der postumus vom wohlgewonnenen Gute nicht verlangen, da es eine völlige Mißverstehung des Art. 38 h. t. sein würde, wollte man aus demselben abnehmen, daß der postumus auch dasjenige Testament, in welchem ihm sein Pflichttheil reservirt sei, umstoßen könne. Denn daß dem nicht so sei, geht schon daraus hervor, daß der obenerwähnte Art. 38 das Adoptivkind dem postumus zur Seite stellt und es doch wohl Niemand einfallen wird zu behaupten: das Adoptivkind habe ein Notherbenrecht auf seine volle Intestatportion! — Diese richtigere Auffassung der Parömie findet sich denn auch bei den meisten neueren Juristen, z. B. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVIII. S. 60 u. 113; Mittermaier l. c. S. 946; Beseler l. c. III. S. 143. A. M. ist dagegen Eichhorn l. c. S. 833.

Müller[5]) auf dem weiten Umwege gelangt, daß er die Bestimmung des Art. 10 h. t., daß ein Verzicht nicht die späteren Erbgutsberechtigten binde, welche natürlich die Hauptregel bildet, als eine singulaire Vorschrift betrachtet[6]), daher einzig und allein auf den dort berührten und nicht auch auf den hier in Rede stehenden Fall bezogen wissen will, ist ausdrücklich durch Part. II. Tit. 11. Art. 11 festgestellt, woselbst es heißt:

> Wenn Ehezärter zwischen Eheleuten sind aufgerichtet und von denen, die zur Verpflichtung dazu erfordert, sind vollzogen, unterschrieben und versiegelt, so wird auch billig.... die Theilung nach den aufgerichteten Ehezärtern [billig] gehalten.

Diese Bestimmung nun, daß der Ehezärter gültig sein solle, sobald nur diejenigen „die zur Verpflichtung dazu erfordert," d. h. die präsumtiven Erbguts- und Pflichttheilsberechtigten, demselben beigetreten sind[7]), schließt

---

[5]) l. c. Stück 3 S. 473.

[6]) Vergl. S. 110 Note 19.

[7]) Uffelmann (ad Thes. II. S. 483) scheint sonderbarer Weise die Hinzuziehung der Notherben für eine bloße Formalität zu halten, wenn er sagt: Quid, si proximiores consanguinei sine justa causa (!) consentire recusent? Resp.: *Alii adhibentur!* — Ist dagegen die Ansicht Hier. Müller's (l. c. Stück 3 S. 62) daß Ehezärter nie ohne Hinzuziehung von Verwandten errichtet werden könnten, so allgemein gestellt, auch durchaus unrichtig, da ja derjenige, der weder Erbguts= noch Pflichttheilsberechtigte hat, Niemanden hinzuzuziehen braucht, so ist doch die Behauptung v. d. Fecht's (ad Thes. I. S. 931) daß zu einem

natürlich das Anfechtungsrecht sowohl der aufgerückten als der oben näher bezeichneten nachgeborenen Erbgutsberechtigten aus.

Als Grund dieser Vorschrift, die schon vom Gesetze selbst als eine durch die Billigkeit hervorgerufene [8]) Ausnahme bezeichnet wird, führt Gries [9]) die Nothwendigkeit an, daß derjenige, welcher unter den im Ehezärter festgestellten Bestimmungen die Ehe eingeht, auch Gewißheit darüber haben müsse, daß

Ehezärter, in welchem nur nicht über Erbgut disponirt werde, die Zuziehung von Verwandten niemals erforderlich sei, mindestens noch eben so falsch. Denn ich sehe nicht ein, warum z. B. den Ascendenten, die nicht hinzugezogen worden, folglich auch nicht verzichtet haben, ihr Recht auf die *legitima* sollte genommen werden können! Vergl. Beseler l. c. III. S. 144 in fine und die Widerlegung v. d. Hude's (de legit. parent. pact. dotalibus exclusa. Goett. 1748) durch Mühlenbruch bei Glück l. c. XXXVIII. S. 115. — Wenn daher ein von Westphalen zu Gries l. c. II. S. 29 citirtes niederg. Erkenntniß sagt: die Hinzuziehung von Verwandten sei bei Ehezärtern, die nicht über Erbgut verfügten, unnöthig, weil „bei wohlgewonnenen Gütern ein ganz freies Verfügungsrecht verstattet" sei, so soll letzteres wohl, mit Rücksicht auf den speciellen Fall des Erkenntnisses, nur so viel heißen als: abgesehen von der *legitima*. Denn wenn sich auch das Erk. auf die allgemeine Bestimmung des Art. 4 h. t. hinsichtlich des wohlgewonnenen Gutes, deren Beschränkung im Art. 23 bis 34 h. t. folgt (vergl. Gries l. c. II. S. 133), ausdrücklich beruft, so ist doch deshalb wohl nicht zu präsumiren, es habe damit die Existenz eines Pflichttheilsrechtes für das topische Recht völlig hinwegleugnen wollen!!

[8]) Möglich ist es daher, daß selbst der doppelte Gebrauch des Wortes „billig" in der oben citirten Stelle kein Flüchtigkeitsfehler der Redaction ist.

[9]) l. c. II. S. 30 u. 159.

dieselben bei dem Tode des anderen Theils in Ausführung kommen, welche Ursache denn auch als die nächstliegende erscheint, obwohl man auch nicht ohne Grund fragen könnte, ob denn der Testator ein minder großes Interesse dabei habe, ob seine Verfügungen in Ausführung gebracht werden oder nicht. Allein dies Interesse des Testators ist, so bedeutend es an sich sein mag, nur dann, wie bei der Errichtung eines Ehezärters, ein persönliches, wenn derselbe mit einem anderen Testator ein wechselseitiges Testament errichtet. Allein im letzteren Falle fällt auch der ganze Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag hinweg, da ein wirkliches reziprokes Testament, wie jede andere, gleichzeitig in ein und derselben Urkunde vorgenommene gegenseitige Zuwendung auf den Todesfall, im Grunde für nichts anderes als für einen wahren Erbvertrag angesehen werden kann [10]), welcher Ansicht auch der Art. 17 h. t. durchaus nicht im Wege steht. Denn wenn derselbe, gleich wie Art. 19 h. t., ein von Eheleuten gemeinsam errichtetes Testament im Allgemeinen für einseitig widerruflich erklärt, so ist doch ausdrücklich als Bedingung hinzugefügt, daß die Änderungen (oder der Widerruf) solche seien, „so den

---

[10]) v. Bülow u. Hagemann: Praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit IV. No. 39. §. 7 u. 8. A. M. ist Wolff l. c. I. §. 185 Note 108. Vergl. über die ganze Controverse: Beseler l. c. II. §. 13; auch eine Bemerkung desselben in seinem neuesten Werke: „Volksrecht und Juristenrecht" S. 357.

anderen (mittestirenden) Theil nicht belangen." Allein eben nur dann, wenn letzteres der Fall sein würde, wenn daher der eine Theil durch die einseitige Änderung des anderen, falls er dieselbe nicht vor dem Tode des letzteren erführe, benachtheiligt sein würde, ist das gemeinsame Testament zugleich ein wechselseitiges, muß daher in diesem Falle, der im Art. 17 h. t. ausdrücklich hinzugefügten Bedingung zu Folge, für unwiderruflich, folglich, wenn Eheleute die Paciscenten sind, für einen nachträglich errichteten Ehezärter gehalten werden [11]). Was würde auch zu größeren Unredlichkeiten und Benachtheiligungen Veranlassung geben, als wenn es dem einen Gatten freistände, seine zu Gunsten des anderen gemachte Disposition heimlich hinter dem Rücken des letzteren zu widerrufen, während dieser, nichts Arges vermuthend, die seinige unwiderrufen ließe? Dieses Resultat führt aber zu dem Schlusse, daß die oben erörterte ausnahmsweise für Ehezärter festgestellte Bestimmung hinsichtlich des Successions-

[11]) Vergl. für das topische Recht: *Wolpmann:* de vera indole testam. conjug. reciproc. secund. jur. Germ. et speciatim. sec. Stat. Hamb. Altd. 1746 und Klefeker l. c. IV. S. 357, die beide zugleich auf zwei Präjudikate aus den Jahren 1636 u. 1747 hinweisen. A. M. sind dagegen Beseler l. c. II. S. 341 in fine und Gries l. c. II. S. 182. — Schreining (ad Thes. l. c. I. S. 1015) kann dagegen wegen seiner Bemerkung zu Art. 19 h. t. nicht als Gegner betrachtet werden, da dieser Artikel nur von einem gemeinsamen, nicht aber von einem reziproken Testamente redet und die Widerruflichkeit eines solchen eben so folgerecht als unbezweifelbar ist.

rechtes der nachgeborenen oder aufgerückten Erbguts-berechtigten auch consequenter Weise auf die zwischen Eheleuten errichteten wechselseitigen Testamente Anwendung finden muß. Denn auch der oben für die Ehezärter erwähnte Grund der ganzen Bestimmung trifft, allgemeiner genommen, bei dem reziproken Testamente der Eheleute zu.

§. 12.

II. Durch Legate zu Gunsten frommer Stiftungen.

Eine fernere Ausnahme von dem allgemeinen Verbote über Erbgut zu testiren, läßt unser neuestes Statut in Part. III. Tit. 2. Art. 2 dadurch eintreten, daß es verstattet, 5 pCt. vom Erbgute ad pias causas zu legiren [1].

[1]) Vergl. *Wittenberg:* de jur. legator. pior. sec. Stat. Hamb. Goett. 1751. — Es könnte auffallend erscheinen, daß diese ganze, dem Principe des Stadtr. von 1270 (VI. 7):

„darna hefft he wol to gevende vör God..... unde dat schall he geven dun sinem wunnen gude."

widerstreitende Bestimmung gerade erst in das neueste Statut auf ausdrückliches Verlangen der Hundert Bürger hineingekommen. Denn da die Ansicht, verdienstvolle Werke verhülfen schon als solche zur Seligkeit, ein von den Protestanten nicht anerkanntes Dogma der katholischen Kirche ist, so würde es auf den ersten Blick viel erklärlicher scheinen, wenn die Legirung von 5 pCt. ad pias causas in den Stadtrechten vor der Reformation verstattet, im Statut von 1603 dagegen verboten wäre. Allein aus der Langenbeck'schen Glosse zum Stadtr. v. 1497 (J. 18) geht hervor, daß schon die frühere Praxis angenommen: wer gar kein wohlgewonnenes Gut besitze, der dürfe auch über Erbgut tho ere Gades disponiren, weil der sele salichkeit geit baven alle notrofft des lichammes. Es ging daher das Verlangen der Hundert

Daß hier nun mit Legaten ad pias causas nicht allgemein Vermächtnisse zu mildthätigen Zwecken überhaupt, sondern Legate an pia corpora gemeint sind, leidet wohl keinen Zweifel. Denn im römischen Recht bedeuten piae causae durchaus dasselbe, was unter der Bezeichnung pia corpora verstanden wird [2]), und der Ausdrucksweise unseres Statuts einen abweichenden Sinn unterzulegen, ist kein Grund vorhanden. Dem zu Folge leidet es aber auch keinen Zweifel, daß nur solche, zu religiösen, sittlichen oder wohlthätigen Zwecken bestimmte Anstalten hieher gerechnet werden dürfen, deren juristische Persönlichkeit vom Staate anerkannt wird, nicht aber solche, denen, sei auch ihre Wirksamkeit nicht minder segensreich, die obrigkeitliche Sanction fehlt, weil diese nicht als corpora betrachtet werden können [3]).

---

lediglich dahin, daß das, was die Praxis bis dahin, wenn auch im Widerspruch mit dem Gesetze, sanctionirt hatte, nunmehr gesetzlich auf 5 pCt. festgestellt werde.

[2]) Vergl. Nov. 31 c. 12 u. Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandekten-Rechtes III. §. 201.

[3]) Vergl. l. 1 pr. D. quod cujusc. univ. nom. (3. 4) und Mühlenbruch: Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 140. Daher können denn auch nicht, wie Winckel (ad Thes. I. S. 838) will, „die legata, so der studirenden Jugend vermacht sein" hieher gezählt werden. — Fraglicher wäre jedoch, ob, nach Analogie von l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5), auch künftige durch das Legat erst zu fundirende Stiftungen vom Erbgut bedacht werden können, vorausgesetzt nämlich, daß sie nach ihrer Begründung von Obrigkeitswegen mit juristischer Persönlichkeit versehen worden. Nach Mühlenbruch's Ansicht (l. c. S. 264 u. flg.) wäre diese Frage zu verneinen. A. M. ist dagegen Mackeldey: Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 145 Note c.

Dagegen ist es durchaus nicht nöthig, daß eine solche milde Stiftung gerade eine Wohlthätigkeitsanstalt im engeren Sinne sei, wie z. B. die Armenanstalt, das Kranken- oder Waisenhaus, vielmehr gehören auch alle Kirchen und Gotteshäuser, sowie öffentliche Unterrichts- und Bildungsanstalten, Gesellschaften zur Beförderung der Künste und Gewerbe rc.[4]), sobald sie nur juristische Persönlichkeit besitzen, hieher. Ferner wird es nicht darauf ankommen können, ob der Testator gerade zu der Confession oder Religion gehöre, für deren Bekenner das pium corpus ausschließlich bestimmt ist. Es wird daher auch ein Protestant einem katholischen Gotteshause oder Kloster, ja selbst einem jüdischen Tempel, Krankenhause rc., ebensowohl als umgekehrt ein Katholik oder ein Jude einer protestantischen milden Stiftung, 5 pCt. von seinem Erbgut vermachen dürfen.

Nun wollen aber auch einige den Fiscus (das „gemeine Gut") in Bezug auf die hier in Rede stehende Bestimmung, den frommen Stiftungen gleichstellen[5]). Man beruft sich dabei auf Art. 20 h. t., woselbst gesagt wird, daß ein „dem gemeinen Gut, den Kirchen oder anderen Gotteshäusern, Hospitalen und Waisenhause allhie" ausgesetztes Legat, sobald es sich nicht über den dritten Theil des wohlgewonnenen Gutes hinaus erstrecke, irrevokabel sein solle. Allein eben so wenig, als damit, daß ein dem Fiscus

---

[4]) Vergl. Mackeldey l. c. §. 145 Note a.

[5]) Gries l. c. II. S. 229.

vom wohlgewonnenen Gute hinterlassenes Legat unter der obigen Bedingung nicht revocirt werden soll, zugleich verstattet ist, demselben auch 5pCt. vom Erbgute zu legiren, eben so wenig kann man behaupten, daß, weil der obige Artikel verordnet, daß ein dem gemeinen Gute, nicht minder auch ein den piis corporibus ausgesetztes Legat unter den gegebenen Umständen nicht widerrufen werden dürfe, dadurch zugleich für alle anderen Fälle der Fiscus den piis corporibus gleichgestellt sei. Dazu kommt, daß auch das römische Recht von einer solchen Ausdehnung der den piis causis verliehenen Vorrechte auf den Fiscus durchaus nichts weiß, vielmehr im Gegentheil bestimmt, daß der Fiscus ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kein Privilegium in Anspruch nehmen dürfe, daher im Zweifel dem regelmäßigen Rechte unterworfen sei[6]).

Fraglich könnte es sein, ob die Legirung der 5pCt. vom Erbgut auch dann gültig sei, wenn der Testator zugleich wohlgewonnenes Gut hinterläßt. Hier sind drei mögliche Fälle zu unterscheiden: 1) der Testator hat das Erbgut mit einem Legat von 5pCt. ad pias causas belastet, über das wohlgewonnene Gut aber zu Gunsten anderer Personen verfügt. Hier verlangt nun die allgemeine Bevorzugung, welche die Erbgüter dadurch genießen, daß über sie der

---

6) l. 10 D. de jur. fisci (49. 14.): Non puto delinquere eum, qui in *dubiis* quaestionibus contra fiscum facile responderit. Vergl. Mühlenbruch l. c. I. §. 202. Freilich wird diese Stelle von Anderen sehr verschieden ausgelegt. Darüber: Beseler: Volksrecht und Juristenrecht S. 359.

Regel nach gar nicht letztwillig disponirt werden darf, während jede Beschränkung der Testirungsbefugniß über wohlgewonnenes Gut immer nur als Ausnahme von der Regel betrachtet werden kann, daß auch diese Auflage auf die Erbgüter in so weit als nichtig angesehen werde, als sie nunmehr nicht als Belästigung des Erb-, sondern des wohlgewonnenen Gutes betrachtet wird. Hiernach wird denn auch 2) der Fall sich von selbst entscheiden, wenn der Testator zwar das wohlgewonnene Gut nicht minder als das Erbgut mit einem Legate ad pias causas belastet hat, ersteres jedoch noch zureicht, auch die vom Erbgut legirten 5 pCt. zu tragen. Es kann daher als Regel aufgestellt werden: So lange das wohlgewonnene Gut zureicht, fällt das Legat ad pias causas, auch wenn mit demselben ausdrücklich das Erbgut belastet wäre, nicht den Erbgutsberechtigten, sondern den Testamentserben zur Last[7]. 3) Der Testator hat sein sämmtliches wohlgewonnenes Vermögen und dazu 5 pCt. vom Erbgut ad pias causas legirt. Hier darf man nun wohl nicht mit Vinc. Müller[8]) und Gries[9]) sagen, daß, weil die Be-

---

[7]) Vergl. Hieron. Müller l. c. Stück 1 S. 100 u. Gries l. c. II. S. 227. Letzterer bemerkt mit Recht, daß bei der entgegengesetzten Annahme auch die anderen Intestaterben an dem Vorrechte theilnehmen würden, welches nur den milden Stiftungen verliehen ward.

[8]) ad Thes. II. S. 299: Quaeritur, an hoc statutum indistincte locum habet, sive testator habeat bona acquisita vel non? . . Dicendum: hoc novum jus locum habere, si testator *non* habeat bona acquisita.

[9]) l. c. II. S. 227.

fugniß, 5 pCt. vom Erbgut frommen Stiftungen zuzuwenden, eine Ausnahme von der Regel sei, das Legat, so weit es das wohlgewonnene Vermögen übersteige und das Erbgut afficire, ungültig sei [10]. Denn diese Beschränkung liegt weder in den Worten des Gesetzes, noch ergiebt sie sich mit Nothwendigkeit aus der obenerwähnten allgemeinen Begünstigung der Erbgüter. Es wird daher die Ansicht, daß sich die Erbgutsberechtigten in dem hier in Rede stehenden Falle keinesweges der Auszahlung des für fromme Stiftungen ausgesetzten Legates, falls letzteres nur nicht den zwanzigsten Theil des Erbgutes übersteigt, widersetzen dürfen, als die richtigere zu bezeichnen sein und zwar um so mehr, als die gegentheilige Ansicht unter Umständen offenbar zu einer nicht vom Testator beabsichtigten Bevorzugung der einen Stiftung vor der anderen führen würde. Denn wenn z. B. ein Testator, der 1000 ℔ wohlgewonnenes Gut und 20,000 ℔ Erbgut hinterließe, ersteres einer Kirche, von letzterem aber 5 pCt. dem Waisenhause legirt hätte, so müßte man nach obiger Ansicht sagen, daß, weil die Kirche schon durch das ganze wohlgewonnene Vermögen hinreichend bedacht sei, nun das Waisenhaus die Auszahlung seines Legates von den Erbgutsberechtigten nicht verlangen könne. Letzteres würde daher, da man doch auch der Kirche nicht

---

10) Dies scheint mir auch nicht Hieron. Müller's Ansicht (vergl. die in Note 7 citirte Stelle) zu sein, wiewohl sich Gries auf ihn bezieht. Derselbe scheint vielmehr nur die sub No. 1 u. 2 aufgeführten Fälle im Auge zu haben.

aufbürden könnte, daß es die ihr allein legirte Summe mit dem Waisenhause theile, trotz der völligen Gleichstellung beider, nichts bekommen[11]).

§. 13.

III. Im Retorsionsfalle.

Wenn ein Bürger oder ein den hiesigen Gesetzen unterworfener Einwohner Hamburg's oder dessen Gebietes außerhalb der Grenzen unseres Staates, und zwar an einem Orte, an welchem über Erbgut ebenmäßig wie über wohlgewonnenes disponirt werden darf, Erbgutsberechtigte hat, die jedoch nicht etwa, während sie in Bezug auf ihren Wohnort als exterritoriale Personen zu betrachten, Angehörige Hamburgs oder eines anderen Staates sind, nach dessen Gesetzen über Erbgut nicht testirt werden darf, sondern die, hinsichtlich ihrer Testirungsbefugnisse, entweder den Gesetzen ihres Wohnortes unterworfen, oder, als Exterritoriale, einem solchen Staate angehören, in welchem

---

[11]) Dagegen scheint es mir eine reine Willkührlichkeit zu sein, wenn Winckel (ad Thes. I. S. 838) für den Fall, daß die milde Stiftung, der das Legat ausgesetzt worden, zur Todeszeit des Testarors gar nicht mehr existirt, die Behauptung aufstellt: „auf welchen Fall dasselbe zu anderem Christlichen Gebrauche nach unserer Ordinance angewandt werden soll." — Über die Frage, ob, wenn ein Legat ad pias causas nur vom wohlgewonnenen Gute zu zahlen ist, der Betrag des letzteren jedoch nicht hinreicht, alle Legate zu berichtigen, alsdann die fromme Stiftung sich gleichfalls einen Abzug gefallen lassen müsse oder nicht, vergl. das niederg. Erk. bei Gries l. c. II. S. 228.

über Erbgut testirt werden darf: so kann ersterer jure retorsionis gleichfalls denjenigen Theil seines Erbgutes, welcher diesen auswärtigen Erbgutsberechtigten zufallen würde, denselben durch letztwillige Disposition entziehen[1]. Es kann also, wie schon im Obigen ausgesprochen ist, zur Entscheidung der Frage, ob in einem einzelnen Falle das Erbgut dem Auswärtigen entzogen werden dürfe oder nicht, nicht der Wohnort[2], sondern nur die Angehörigkeit des letzteren in Betracht kommen, weshalb es auch vorkommen kann, daß Jemand einem in Hamburg selbst wohnenden Erbgutsberechtigten, z. B. wenn dieser Gesandter eines Staates ist, dessen Gesetze die Testirung über Erbgut erlauben, seine Erbgüter entziehen darf, während ihm dieses Recht in Bezug auf einen aus-

---

[1] Siehe: Rath- und Bürgerschluß vom 16. Febr. 1733, (abgedr. bei Klefeker l. c. II. S. 537.) Der Zweck dieses Gesetzes geht zu Folge der Motivirung des desfallsigen Antrages an die Bürgerschaft, „auf Erhaltung der Familien ihrer Bürger und Einwohner dieser guten Stadt", ist daher so ziemlich derselbe, welcher dem Testirungsverbote über Erbgut überhaupt zum Grunde liegt. Hier. Müller (l. c. 3. Stück S. 170) ist für das ganze Gesetz äußerst begeistert, denn er fügt den obigen Worten hinzu: „Verehrungswürdige Worte, die so voll der liebreichsten Vorsorge, als äußerst beträchtlich und überzeuglich sind." — Vergl. über die ganze Materie: *Uelken*: de alienatione bonor. hered. in casu ubi forenses libere de iis disponere possunt. Kil. 1759. Übrigens galt diese Art der Retorsion schon in der Praxis vor Erlassung des Gesetzes. Vergl. *Richey* l. c. S. 22 Note o.

[2] Das Gesetz bezeichnet einfach den, der in der Fremde wohnt. Zu der Fremde gehört dagegen natürlich auch, zufolge jener althamburgischen Sprach- und Denkweise, die alle Nicht-Hamburger als buten-lüde (vergl. *Richey:* Idiot. s. h. v.) bezeichnet, das ganze übrige Deutschland.

wärts wohnenden Intestaterben, einerlei ob die Gesetze seines Wohnorts die Testirung über Erbgut verstatten oder nicht, deshalb nicht zusteht, weil dieser ein nur im Auslande lebender Angehöriger Hamburg's ist [3]).

Hieran sind nun noch folgende Bemerkungen anzuknüpfen: 1) die Wirkung des Gesetzes tritt in den Fällen, auf welche letzteres sich bezieht, nicht ipso jure sondern nur in Folge einer desfallsigen Bestimmung des Testators ein. 2) Die Ausschließung kann jedoch weder als renuntiativer Erbvertrag, da sie einseitig vorgenommen wird, noch als Enterbung, da sie weder puniendi causa noch bona mente zu geschehen braucht, betrachtet werden. Aus letzterem Grunde bedarf es daher 3) auch weder der Anführung des Grundes noch der Berufung auf das Gesetz selbst [4]), es genügt vielmehr, wenn nur die Absicht des Testators klar zu Tage liegt. Würden daher die in solcher Weise rechtmäßig Excludirten nach dem Tode des Testators ihre Erbgutsportion

---

[3]) Vergl. *Poppe:* utrum lex nova de bon. hered. alienari permissis *contra subditos Hamburg. peregre commorantes* possit applicari. Goett. 1782. — Aus einem von Vegesack ad Art. 4 h. t. angeführten Testamente vom Jahre 1683, in welchem es unter anderen heißt: „nach demmahl ich, als *Canonicus* an *Statuta civica* nicht gebunden bin auch vom Erbgute frei testiren mag" geht hervor, daß auch den Capitulariis gegenüber der in Rede stehende Rath- und Bürgerschluß so lange anwendbar gewesen, als die Frage nach dem Rechte des ersteren noch eine praktische war.

[4]) Vergl. *Uelken* l. c. S. 44, so wie das daselbst angeführte Rathsattest vom 26. Sept. 1757 und das von Westphalen zu Gries l. c. II. S. 139 angeführte niederg. Präjudikat aus d. J. 1836.

in Anspruch nehmen, so kann ihnen die Einrede aus dem betreffenden Rath- und Bürgerschlusse wirksam opponirt werden. 4) Sollten jedoch diejenigen Erbgutsberechtigten, die der Testator jure retorsionis zu excludiren berechtigt war, noch bei Lebzeiten des letzteren, es sei nun vor oder nach Errichtung des Testaments, in den hamburgischen Staatsverband treten oder auch nur Unterthanen eines solchen fremden Staates werden, dessen Gesetze die Testirung über Erbgut verbieten, so wird dadurch eine spätere Ausschließung derselben unzulässig, ja selbst die in einem früher errichteten Testamente vorgenommene nichtig werden [5]). Dagegen muß auch hier eine Entziehung des Erbgutes, welche zur Zeit der Testamentserrichtung ungültig war, dadurch convalesciren, daß beim Tode des Testators diejenigen Umstände vorhanden sind, unter denen die Ausschließung rechtskräftig hätte geschehen können. Denn dies folgt schon aus dem erwähnten allgemeinen Grundsatze, daß die Gültigkeit eines Testaments sich nach der Todeszeit des Testators richtet [6]), weshalb denn auch Alles, was S. 109 über das Recht der nachgeborenen oder aufgerückten Erbgutsberechtigten erörtert worden, auch hier seine Anwendung findet.

---

[5]) Dies ist im Gesetze selbst ausdrücklich bestimmt, wenn es am Schlusse desselben heißt: „Jedoch daß wenn bei des Testatoris Leben dessen nächster Erbe aus der Fremde sich allhier zu wohnen begeben und der Stadt pflichtig machen würde, demselben sodann eben die Rechte und Wohlthaten nach den hiesigen Statuten wie anderen Bürgern angedeihen sollen."

[6]) Vergl. §. 9 Note 15.

§. 14.

IV. Im Enterbungsfalle. — A. Wann ist eine Enterbung vom Erbgute zulässig? und zwar — 1. eine exheredatio puniendi causa. — a) Erörterung der einzelnen Fälle. — α) Ausschließung der Ehefrau von der Statutarportion.

Nachdem im Vorhergehenden diejenigen Fälle erörtert worden, in denen das Erbgut auf eine andere Weise als durch Enterbung entweder ganz (wie im Retorsionsfalle), oder theilweise (wie bei den Legaten ad pias causas), oder je nach der Verabredung der Parteien ganz oder theilweise (wie bei allen renuntiativen Erbverträgen), den Erbgutsberechtigten entzogen werden kann, ist hier noch derjenigen Fälle zu gedenken, in denen diese Entziehung des Erbgutes auf dem Wege der Exheredation beschafft wird.

Da unseren älteren Stadtrechten, wie dem deutschen Rechte überhaupt [1]), eine Enterbung im Sinne des römischen Rechts durchaus unbekannt war, so sind auch jetzt diejenigen Fälle, in denen eine exheredatio vom Erbgut zugelassen ist, der Regel nach sowohl hinsichtlich der erforderlichen Formalitäten als hinsichtlich der Folgen, nach Analogie der römischen Enterbung vom Pflichttheil zu beurtheilen. Es müssen daher dieselben Motive, die allein bei der Enterbung von der legitima zulässig sind, auch bei der Enterbung vom Erbgute vorhanden sein, d. h. letztere muß entweder zur Strafe (puniendi causa), oder zum Vortheil des Enterbten (bona mente) vorgenom-

---

1) Vergl. Mittermaier l. c. §. 454 Note 25.

men werden. Ferner ist, was zunächst die erste Art betrifft, sowohl ein gesetzlicher **Grund**, als die ausdrückliche **Anführung** desselben erforderlich, jedoch mit dem Unterschiede, daß hier an die Stelle der Enterbungsgründe vom Pflichttheil zwei andere, allein zur exheredatio puniendi causa berechtigende Ursachen treten, nämlich: **Ehebruch** und **Entführung**.

Der erste dieser Fälle, die Ausschließung der Ehefrau von der Statutarportion, wegen eines von ihr begangenen Ehebruchs [2]), kann jedoch, wie sich weiter unten ergeben wird, nicht völlig nach Analogie der römischrechtlichen Enterbung beurtheilt werden. Auch gehört, da der überlebende Ehegatte nicht im eigentlichen Sinne zu den **Erbgutsberechtigten** des verstorbenen Theils gezählt werden kann [3]), die Erörterung **dieses** Falles überhaupt nur deshalb hieher, weil letzterer durch den Umstand, daß die Statutarportion auch eventualiter vom **Erbgut** des verstorbenen Theils genommen wird, auf das Quantum des von den eigentlichen Erbgutsberechtigten in Anspruch zu nehmenden Erbgutes von sehr bedeutendem Einflusse sein kann [4]), daher auch in genauester Beziehung zu dem ganzen Erbgüterrechte steht.

Zuvörderst ist hier nun der Frage zu gedenken: ist die Part. III. Tit. 3. Art. 3 verstattete Entziehung der

---

[2]) Vergl. *Wiese:* de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii. Hal. 1724.

[3]) Siehe oben S. 65.

[4]) Siehe §. 19.

Statutarportion auch überhaupt als ein ausschließliches Recht des Testators zu betrachten, d. h. soll dieselbe nur zufolge einer ausdrücklichen Bestimmung des verstorbenen Ehemannes oder auch dann, wenn letzterer keine desfallsige Verfügung getroffen hat, von den Erben in Anwendung gebracht werden können? Für letztere Annahme spricht allerdings einerseits der Umstand, daß der obige Artikel sich im dritten „von Gefällen und Erbschaften," d. h. von der Intestatsuccession handelnden Titel befindet, so wie andererseits die betreffende Bestimmung selbst, indem man aus den Worten:

> Ein Weib, so .... untreu geworden .... hat nach Absterben des Mannes aus den Gütern nicht mehr zu fordern, denn was etwann derselbe ihr aus gutem Willen gegeben und verordnet,

den Schluß ziehen könnte, daß die Ehebrecherin, falls sie nicht von ihrem verstorbenen Manne ausdrücklich bedacht wäre (was denn auch regelmäßig der Fall sein würde, wenn letzterer ab intestato verstürbe) ipso jure ihrer Statutarportion verlustig sei [5]). Allein zur Herübernahme des Art. 11 in den, die Intestatsuccession behandelnden Titel hat wohl gerade die ganz gleiche Placirung der desfallsigen Bestimmung in den älteren Stadtrechten [6]) verleitet, wo sich die-

---

[5]) Dies würde denn auch mit der Bestimmung des c. 4 X. de don. int. vir. et ux. (4. 20.) harmoniren. Vergl. *Wiese* l. c. Cap. 2. §. 4.

[6]) Von 1270 (VI. 7); von 1292 (E. 16); von 1497 (J. 18).

selbe z. B. im Stadtrechte von 1270 (VI. 7) in demjenigen Artikel findet, der vornämlich davon handelt „wo men gud deelen schall na des mannes, offte na der vrouven dode.“ Allein gerade die älteren Stadtrechte reden offenbar von nichts weniger als von einer ipso jure eintretenden Strafe [7]), was sich aus dem oben citirten Artikel des Stadtrechtes von 1270, der sich fast wörtlich in den drei späteren Stadtrechten wiederfindet, hinlänglich ergiebt, wenn es daselbst heißt:

> wer id over also dat de vrouwe sick vorbedoret [8]) hedde by eres mannes levende . . so steit dat an deme manne wat he er geven wille.

War aber demnach, den älteren Stadtrechten zu Folge, allein der beleidigte Ehemann berechtigt, seiner ehebrecherischen Ehefrau die Statutarportion zu entziehen [9]), so ergiebt sich auch daraus, daß der in Rede stehende Artikel des neuesten Statuts keinesweges die Entziehung der Statutarportion ipso jure eintreten lassen will, welche Annahme denn auch so-

---

[7]) Vergl. Westphalen zu Gries l. c. II. S. 299 Note ***) u. Harder l. c. S. 90 in fine.

[8]) In den Stadtrechten von 1292 u. 1497 heißt es verdorpert.

[9]) Dem steht die obige Bemerkung, daß den älteren Stadtrechten eine Enterbung im römischen Sinne unbekannt sei, nicht entgegen, weil hier nicht von einer, mit ausdrücklichen Worten vorzunehmenden Entziehung, sondern lediglich von einer solchen überhaupt die Rede ist, die daher eben so wohl dadurch geschehen kann, daß der Mann überhaupt stillschweigend über den seiner Ehefrau zukommenden Antheil anderweitig disponirt, worüber das Nähere weiter unten.

wohl durch die folgenden Worte „da sie aber gänzlich vorbeigegangen,“ die offenbar eine letztwillige Disposition voraussetzen, als durch die gleichmäßige Ansicht der meisten älteren und neueren Commentatoren bestätigt wird [10]).

Hängt daher, gleich wie die Criminalstrafe des Ehebruchs nur auf Anhalten des beleidigten Theiles eintritt [11]), die Entziehung der Statutarportion der Ehebrecherin lediglich von dem beleidigten Ehemanne ab, so ist auch, sobald dieser ab intestato verstirbt, die Präsumtion vorhanden, daß er selbst seiner Gattin das Verbrechen verziehen, ihr daher Alles zuwenden gewollt, was ihr ab intestato gebührt.

Hieraus folgt nun, daß die Entziehung der Statutarportion, so weit sie denjenigen Theil der letzteren betrifft, hinsichtlich dessen der überlebende Ehegatte überhaupt als Erbe des verstorbenen Theils betrachtet werden kann [12]), eine wirkliche Enterbung ist [13]), weshalb es denn auch fraglich erscheinen könnte, ob nicht überhaupt das ganze Entziehungsrecht des Ehemannes nur auf diesen Theil der Statutarpor-

---

10) Vergl. Winckel ad Thes. I. S. 840; Joach. Müller ad Thes. II. S. 802 und Gries l. c. II. S. 299. A. M. scheint nur Garmers ad Thes. II. S. 500 zu sein.

11) Vergl. den Wigand'schen Nachdruck von Mittermaier's criminalistischen Dictaten S. 331.

12) Siehe oben S. 45.

13) Daher wird auch hinsichtlich dieses Theils der Statutarportion füglich jeder Ehegatte von dem andern bona mente exheredirt werden können. Vergl. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 464.

tion zu beschränken sei. Allein unser Artikel redet nicht blos von seinen, des verstorbenen Mannes Gütern, sondern von „den Gütern" überhaupt und verordnet außerdem, daß die Ehebrecherin, falls sie „gänzlich vorbeigegangen" sein sollte, mindestens von den anderweitigen Erben zu alimentiren sei, woraus denn augenscheinlich hervorgeht, daß auch der aus ihrem eigenen Separatvermögen bestehende Theil der Statutarportion ihr nicht verbleiben soll [14]. Kann aber in Bezug auf letzteren der überlebende Gatte überhaupt nicht als Erbe des verstorbenen angesehen werden, so ist auch die Entziehung desselben nicht als Enterbung, sondern als reine Privatstrafe und die hieraus unter Umständen erwachsende letztwillige Dispositionsbefugniß des Mannes über fremdes Eigenthum als Entschädigung desselben für die ihm zugefügte Beleidigung zu betrachten.

Kann daher der hier in Rede stehende Fall nicht als reiner Enterbungsact betrachtet werden, so ist derselbe schon deshalb, wie oben bemerkt, nicht durchgängig nach Analogie der römischrechtlichen Enterbung zu beurtheilen. Eine solche Abweichung tritt denn auch gleich darin hervor, daß der testirende Ehemann, wie sich aus den schon erwähnten Worten „da sie aber gänzlich vorbeigegangen" ergiebt, weder den Grund der Ausschließung, noch die Ausschlie-

---

[14]) Vergl. Joach. Müller ad Thes. II. S. 803. Ergo nec *dotem*, quod et arguunt verba „ziemliche Alimenta," quae si dotem reciperet, *quorsum insuper alimenta?* A. M. ist *Wiese* l. c. Cap. 2. §. 26.

ßung selbst im Testamente zu erwähnen braucht, vielmehr die Ehebrecherin stillschweigend präteriren kann [15]. Letzteres wird jedoch nur dann thunlich sein, wenn zugleich über das beiderseitige wohlgewonnene Vermögen anderweitig disponirt worden, weil sonst begreiflicher Weise die Absicht des Testators gar nicht mit Gewißheit zu ersehen wäre.

Im Übrigen sind noch in der Kürze folgende Bemerkungen anzuknüpfen:

1) Das hier ausdrücklich nur dem Ehemanne eingeräumte Recht kann, da weder Enterbungsgründe [16]) noch Strafgesetze [17]) eine ausdehnende Interpretation zulassen, andererseits auch unser Statut den Ehebruch des Ehemannes nicht mit derselben Strenge, wie den der Ehefrau geahndet wissen will [18]), nicht auch von

---

[15]) So sagt auch Gries (l. c. II. S. 300): „daß er aber der begangenen Untreue ausdrücklich erwähnen müsse, wie es Art. 33 h. t. in Ansehung der [zur Enterbung von der legitima nothwendigen] Enterbungsgründe vorgeschrieben ist, sagt das Gesetz nicht." Das ist denn auch meine obige Meinung, nur glaube ich, daß das Gesetz dies nicht blos stillschweigend, sondern in den citirten Worten ausdrücklich erklärt.

[16]) Vergl. §. 18.

[17]) A. M. ist Thibaut: Theorie der logischen Auslegung §. 21 u. Martin: Lehrbuch des Crim.-Rechtes §. 23 Note 4.

[18]) Part. IV. Art. 29. Der Ehemann kommt, wenn er nicht einen doppelten Ehebruch, der übrigens auch nicht mehr als 100 ℛ𝓉 kostet, begangen hat, mit 50 ℛ𝓉 davon, während die Ehefrau, falls sie der Ehemann nicht wieder zu sich nehmen will, erst an den Pranger gestellt, mit Ruthen gepeitscht und endlich zur Stadt hinaus gebracht werden soll. Diese laxere Beurtheilung des von männlicher Seite begangenen Ehebruchs muß im 16. Jahrhundert Mode geworden sein, denn noch nach dem Stadtrechte von 1497 (O. 12) soll eine Person nicht blos den Ehebruch, sondern jedes stuprum

letzterer gegen den überlebenden Mann in Anwendung gebracht werden [19]).

2) Ist die Ausschließung der Ehebrecherin rechtsgültig vorgenommen, so steht auch, da unser Artikel ganz allgemein redet, derselben weder die zu Gunsten der Wittwe lautende Disposition eines Ehezärters entgegen [20]), noch kann sich die Frau auf die Unwiderruflichkeit [21]) eines vor Begehung des Ehebruchs errichteten reziproken Testaments berufen [22]).

3) Was die Vertheilung der Beweislast betrifft, so darf man nicht annehmen, daß, falls des Ehebruchs im Testamente Erwähnung gethan, nunmehr die Präsumtion gegen die Ehefrau streite, daher nur durch den Gegenbeweis der letzteren, daß sie die Ehe **nicht** gebrochen, zu entkräften sei, vielmehr muß man

---

beteren **mit sines sülves halse**, während dagegen, wie aus Art. J. 18 hervorgeht, die Ehebrecherin, gerade umgekehrt, mindestens mit dem **Leben** davon kam. Über den wahrscheinlichen Grund dieser älteren Bestimmung vergl. **Harder** l. c. S. 91.

19) Vergl. *Hier. Müller:* de succes. ab intest. sec. jus. civ. Hamb. cct. Traj. ad Rhen. 1729. **Gries** l. c. II. S. 299. A. M. sind *Richey* l. c. S. 33 und *Wiese* l. c. Cap. 2. §. 21.

20) Vergl. **Winkel (Möller?)** u. v. d. **Fecht** ad Thes. I. S. 840 u. 948; *Richey* l. c. Cap. 11. S. 33 und **Gries** l. c. II. S. 300.

21) Siehe oben S. 131.

22) Sollte dagegen das wechselseitige Testament erst **nach** Begehung des Ehebruchs errichtet sein, so würde darin offenbar eine **Verzeihung** desselben von Seiten des Mannes (vergl. §. 16 sub No. II) liegen, weshalb denn auch, falls das Delict nur nicht wiederholt worden, der Mann in solchem Falle nicht befugt erachtet werden könnte, durch die in einem späteren Testamente vorgenommene Enterbung gegen die Regel, daß reziproke Testamente nicht einseitig zu widerrufen sind, einen Verstoß zu begehen.

für alle Fälle den Erben den Beweis des adulterii auferlegen. Sodann wird auch die Wittwe für den Fall, daß sie den Ehebruch eingeräumt haben sollte [23]), immer noch mit den Einreden der Remission [24]) des adulterii violati [25]), und des lenocinii, nicht aber, zufolge des oben sub No. 1 Bemerkten, mit der exceptio compensationis zuzulassen sein.

4) Hat der Testator seine erwiesen ehebrecherische Wittwe rechtsgültig von ihrer Statutarportion ausgeschlossen, so müssen ihr, wie schon bemerkt, die Testamentserben und nach diesen auch die Erbgutsberechtigten, falls sie nicht schon anderweitig versorgt wäre, mindestens ziemliche, d. h. zum Lebensunterhalt hinreichende [26]) Alimente verabreichen und zwar so lange, als sie deren bedürfen sollte. War ihr daher zwar nicht die ganze Statutarportion aber doch so viel ausgesetzt, daß der Betrag derselben den

---

[23]) Hier wird man auch nicht, nach Analogie des Ehescheidungsprocesses, sagen können, dieses ausdrückliche Geständniß könne nicht in Betracht kommen, und die Erben müßten wegen c. 5 X. (4. 13) nichtsdestoweniger den Ehebruch beweisen. Denn hier handelt es sich nicht, wie dort, um Lösung eines, von den Parteien nicht durch bloßen Consens zu trennenden Ehebandes, vielmehr um ein rein pecuniaires Interesse.

[24]) Vergl. §. 16 sub No. II.

[25]) Vergl. §. 16 sub No. I.

[26]) Joach. Müller (ad Thes. II. S. 802) sagt: Inspecta et habita ratione conditionis mariti et bonorum relictorum. Das sind aber nicht standesmäßige Alimente. Denn bei diesen könnte sich die Wittwe, da in der That nicht immer der Nachlaß eines Mannes im Verhältniß zu seinem Stande ist, unter Umständen besser stehen, als wenn sie ihre, vielleicht nur unbedeutende Statutarportion bekäme.

hinreichenden Alimenten gleich käme, so hat sie keinen weiteren Anspruch, wogegen sie, falls das ihr Hinterlassene den nöthigen Alimenten nicht gleichkommt, bis zur Completirung der letzteren eine Zulage von den Erben verlangen kann.

5) Schließlich versteht es sich wohl von selbst, daß, falls die ehebrecherische Frau vor dem Testator verstirbt, die Intestaterben der ersteren wegen des begangenen Ehebruchs auf keine Weise von dem überlebenden Ehemann in ihren Rechten beeinträchtigt werden können[27]), und daß eine von der Wittwe während des Trauerjahres begangene Unzucht heut zu Tage durchaus gar keinen Einfluß auf die erbrechtliche Stellung der letzteren hat[28]).

§. 15.

b) Enterbung in Folge einer Entführung.

Ein erbgutsberechtigtes Mädchen, das sich ohne Consens ihrer Eltern, Vormünder oder nächsten Bluts-

---

[27]) Vergl. Joach. Müller ad Thes. II. S. 802: Quod uxor vivens amisit ad heredes transmittere non potuit.

[28]) Die abweichende Beantwortung dieser Frage von Seiten älterer Schriftsteller (vergl. Joach. Müller ad Thes. II. S. 802) basirt sich wohl auf die Bestimmung der früheren Stadtrechte, daß eine Wittwe, die sich wiederum und zwar ohne den Rath der anderweitigen Erben ihres verstorbenen Mannes zu hören, verheirathet, nichts mehr aus den Gütern des letzteren haben soll, als was die Erben ihr gutwillig geben. Vergl. Stadtr. von 1270 (VI. 7).

verwandten (sowohl von väterlicher als von mütterlicher Seite) verlobt hat, und sodann, es sei nun mit oder gegen ihren eigenen Willen vom Verlobten entführt worden ist, soll nach dem Edictum poenale vom 21. September 1676[1]) sowohl von der legitima als vom Erbgute[2]) exheredirt werden können[3]), wobei es keinen Unterschied macht, ob sie nach der Entführung mit ihrem Verlobten öffentlich oder heimlich getraut worden oder nicht[4]).

---

[1]) Abgedruckt hinter der König'schen Ausgabe des neuesten Statuts. Vergl. *Vinc. Rumpff:* de crimine raptus ex jure nat. cet. in spec. ex edicto poenali Hamb. Gron. 1725; *Nicol. Luc. Schaffshausen:* l. c. Cap. 1. §. 15 und Joach. Müller ad Thes. II. S. 883.

[2]) Dabei ist es jedoch einerlei, ob der Enterbende gerade zu denjenigen gehörte, deren Consens die Entführte zur Eingehung einer Ehe bedurft hätte. Denn wenn z. B. ein elternloses Mädchen noch unter Vormundschaft steht, so bedarf sie zur Eingehung einer Ehe nur des Consenses ihrer Vormünder, nicht aber z. B. ihres Vetters, sollte dieser auch ihr nächster Verwandter sein. Nichts desto weniger aber kann letzterer sie, falls sie sich entführen ließe, vom Erbgute exherediren. Bei der legitima wird dagegen dieser Fall viel seltener eintreten. Vergl. Gries l. c. II. S. 9 in fine.

[3]) Dasselbe gilt nach dem Stadtr. v. 1270. Vergl. Art. X. 4 und X. 8 und Harder l. c. S. 89 Note *). Eine Criminalstrafe traf den Entführer nach dem Stadtr. von 1270 nur dann, wenn das Mädchen wider ihren Willen entführt, oder noch nicht 16 Jahre alt war. Alsdann traf ihn aber die Todesstrafe, welche von den späteren Stadtrechten von 1292 (N. 4) und 1497 (O. 14) sowie vom neuesten Statut (Part. IV. Art. 26) gleichfalls, und zwar ohne Hinzufügung dieser Bedingung, ausgesprochen wird. Doch bemerkt in Bezug auf letzteres schon Schrötering (vergl. die Ausg. von 1842): „heutiges Tages geben sie nur eine Geldstrafe, bisweilen auch — gar nichts!“

[4]) Auf die entführte Ehefrau kann natürlich der Ehemann das

Da nun der vorliegende Fall, im Gegensatz zu dem im vorigen Paragraphen erörterten, eine reine Exheredation enthält, so ist derselbe auch hinsichtlich der erforderlichen Formalien, in jeder Beziehung nach der römischrechtlichen Enterbung zu beurtheilen. Es wird daher auch selbst dann, wenn die Entführte in ihrem Verhältniß zum Testator nur erbgutsberechtigt sein sollte, eben so gut der ausdrücklichen Anführung des Enterbungsgrundes bedürfen, als wenn sie zugleich dessen pflichttheilsberechtigte Erbin wäre.

Im Übrigen ist jedoch auch dieser Fall völlig nach Analogie des vorigen zu beurtheilen. Es tritt daher auch hier die Entziehung des Erbgutes eben so wenig bei der Intestatsuccession ein [5]), als die Entführte die Präsumtion, daß die Angabe des Testators richtig sei, gegen sich hat. Es müssen daher die anderweitigen Erben, falls der Testator keine desfallsige Bestimmung getroffen hat, der Entführten ihren vollen Erbantheil lassen, im entgegengesetzten Falle aber, die Richtigkeit des angegebenen Enterbungsgrundes, sobald diese geleugnet werden sollte, erweisen. Daß ferner die Descendenten der Entführten, falls

---

edictum poenale auch nicht in so weit anwenden, daß er sich durch dasselbe berechtigt hielte, erstere von ihrer Statutarportion auszuschließen. Denn war die Entführung mit Ehebruch verbunden, so ist schon durch das in §. 14 erörterte Gesetz für ihn gesorgt, war dies aber nicht der Fall, so kann er seine Ehefrau schon deshalb nicht exherediren, weil bei ihr gar nicht alle zur Anwendung des edict. poen. erforderlichen Bedingungen vorhanden sein können.

[5]) Vergl. das bei Gries (l. c. II. S. 215) angeführte O.-A.-gerichtl. Erk.

letztere vor dem Testator verstorben, ihre volle Erbgutsberechtigung gegen denselben behalten, versteht sich nach dem bereits früher Erörterten hinreichend von selbst [6]).

§. 16.

b. Welche Umstände machen eine exheredatio puniendi causa vom Erbgut unzulässig und unwirksam?

Die Frage, welche Umstände eine exheredatio puniendi causa vom Erbgut unzulässig und unwirksam machen, läßt sich einfach dahin beantworten, daß alle Umstände, welche eine Enterbung vom Pflichttheil unzulässig und ungültig machen, dieselbe Wirkung auch hinsichtlich jeder Entziehung des Erbgutes, die zur Strafe vorgenommen wird, äußern. Allein es herrscht über diese Frage auch für das römische Recht große Meinungsverschiedenheit.

1. Darüber kann nun freilich kein Dissens obwalten, daß alle Umstände, welche überhaupt die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, auch die Enterbung puniendi causa unzulässig und unwirksam machen.

---

[6]) Joach. Müller ad Thes. II. S. 885 wirft auch noch die Frage auf: Quid, si *fœmina masculum,* volentem quidem, sed non sui juris, sed sub patria adhuc potestate aut tutela constitutum, rapiat? Es leidet jedoch wohl keinen Zweifel, daß, falls dieser nicht sehr wahrscheinliche Fall vorkommen sollte, das Erbrecht des Entführten dadurch nicht verlustig gehen kann. Die Frage nach der Strafe der Entführenden ist dagegen für unseren Zweck ohne Interesse.

Wenn nun auch bei den beiden hier allein in Betracht kommenden Fällen, bei Ehebruch und Entführung, nicht von einer durch infantia erzeugten Unzurechnungsfähigkeit die Rede sein kann, so wird doch jede eigentlichen inere oder äußere Beschränkung der natürlichen Willensfreiheit die Strafe der Enterbung, wie jede andere Strafe, unzulässig machen [1]).

II. Was jedoch den Fall betrifft, da das, als Ursache der Enterbung dienende Vergehen verziehen worden [2]), so ist zwar allgemein der Grundsatz anerkannt, daß der Testator, welcher das Vergehen vor Errichtung seines Testaments verziehen hat, die Enterbung dieser Ursache wegen, falls das Delict nicht wiederholt worden, nicht vornehmen dürfe. Darüber jedoch, ob, wenn die Verzeihung nach Errichtung des Testaments erfolgt, eine Änderung des letzteren jedoch nicht vorgenommen ist, alsdann die auf Grund dieses verziehenen Vergehens sich basirende Enterbung ungültig sei oder nicht, sind die Meinungen durchaus getheilt [3]). Allein es scheint der Grund, den die-

---

[1]) Martin l. c. §. 37—40. Es kann daher z. B. weder die Entführung eines blödsinnigen Mädchens, noch ein durch Gewalt herbeigeführter Ehebruch zur Ausschließung berechtigen.

[2]) Vergl. l. 11. §. 1. D. de injur. (47. 10).

[3]) Für die Verneinung der Frage sind: Höpfner: Commentar §. 478 Note 6; *F. E. a Pufendorf:* Observat. jur. II. obsc. 8; Marezoll in Linde's Zeitschrift VI. S. 70. Mühlenbruch l. c. III. S. 683 und zu Glück l. c. XXXVII. S. 185 u. A. — Für die Bejahung dagegen: Glück l. c. VII. S. 219; Thibaut l. c. §. 965; Mackeldey l. c. §. 660 u. Francke l. c. S. 414.

jenigen, die diese Frage verneinen, für ihre Behauptung anzuführen pflegen, daß nämlich das Testament, weil zur Zeit der Errichtung desselben das Vergehen noch nicht verziehen war, kein liebloses genannt werden könne, sich am einfachsten durch den Umstand zu widerlegen, daß sowohl nach dem früheren Rechte, als nach dem der Novelle 115, die Rechtsbeständigkeit des Testaments lediglich nach der Todeszeit des Testators zu beurtheilen ist. Darf man daher mit gutem Grunde annehmen, daß auch die nach Errichtung des Testaments gewährte Verzeihung die frühere Enterbung ungültig mache, so leidet auch diese Annahme nicht minder auf die Enterbung vom Erbgute als auf die vom Pflichttheil ihre Anwendung. Dabei muß jedoch der Beweis, daß noch nach Errichtung des Testaments der Enterbungsgrund verziehen sei, von demjenigen geführt werden, der diese Behauptung aufstellt[4]). Dagegen wird dem Gegner auch der Gegenbeweis, daß der Testator nur deshalb sein Testament nicht geändert, weil das Verbrechen nach der ertheilten Verzeihung wiederholt worden, nicht abgeschnitten werden können.

III. Endlich fragt sich noch, ob eingetretene Besserung die Enterbung unzulässig mache oder nicht. Die Bejahung dieser Frage hat schon hinsichtlich der Enterbung vom Pflichttheil ihr ganz eigenes Bedenken. Die eigentliche Besserung, die des innern Menschen,

---

[4]) Vergl. *Leyser:* Meditationes ad Pand. V. sp. 357. med. 8 u. Glück l. c. VII. S. 223.

kann einmal von Menschen nicht controllirt werden. Es wird daher auch nur bei denjenigen Enterbungsgründen, die sich nicht auf moralische Fehler basiren, bei denen daher die Besserung auch äußerlich völlig erkennbar ist, eine durch Besserung erzeugte Unzulässigkeit der Enterbung angenommen werden können. Man kann daher wohl sagen, daß Jemand, der z. B. wegen Betreibung eines anrüchigen Gewerbes [5]) enterbt werden konnte, nach Niederlegung desselben und Ergreifung einer rechtlichen Handthierung, so lange als er bei letzterer verbleibe, als gebessert zu betrachten sei, daher auch dieser Ursache halber nicht mehr enterbt werden könne [6]).

Wie ganz anders ist dies aber bei den hier in Rede stehenden Delicten, bei Ehebruch und Entführung! Eine Entführung wiederholt sich begreiflicher Weise nicht alle Tage, hat daher die Entführte ihren Zweck erreicht, so ist es kein Verdienst, wenn sie sich nicht zum zweiten Male entführen läßt. Man kann daher selbst dann nicht von einer Besserung der Entführten reden, wenn letztere auch alle anderen, ihr etwa anklebenden Fehler abgelegt haben sollte. Denn diese waren es nicht, deretwegen sie auch vom Erbgute exheredirt werden konnte, sondern lediglich das factum der Entführung. Daß ganz dasselbe auch beim Ehebruch gilt, bedarf wohl keiner Erörterung.

---

[5]) Vergl. Art. 29 h. t. den 7ten Enterbungsgrund.

[6]) Vergl. Mühlenbruch l. c. III. §. 683 in fine u. zu Glück l. c. XXXVII. S. 185.

Denn wohin würde es führen, wollte man die Behauptung der Besserung als Einrede gelten lassen! Das Resultat würde sein, daß dem Ehemann die Ausschließung von der Statutarportion völlig unmöglich gemacht würde, da man es ja immer noch als Besserung betrachten könnte, wenn nur der gealterten Frau in den letzten Decennien ihrer Ehe nichts vorzuwerfen wäre.

Man darf daher auch nicht die Entscheidung der Frage, ob Besserung eingetreten sei, völlig von der Individualität jedes einzelnen Falles, mithin von dem Ermessen des Richters abhängen lassen[7]), vielmehr scheint es mir, als ob gerade der Testator der Einzige sei, dem die Entscheidung dieser Frage anheim zu geben. Erkennt dieser die Besserung an, verzeiht er daher das ganze Vergehen, so wird auch dadurch, wie oben gezeigt, sowohl die frühere als spätere Enterbung als ungültig, im entgegen gesetzten Falle aber als rechtsbeständig zu betrachten sein[8]).

§. 17.

2) Eine exheredatio bona mente.

Da die Hamburgische Praxis die Enterbung in guter Absicht, in Beziehung auf den wohlgewonnenen

---

[7]) Vergl. Bluntschli: Erbfolge gegen den letzten Willen S. 233.

[8]) Dieser Ansicht scheint auch Glück l. c. VII. S. 222 für alle Enterbungsfälle zu sein, wenn er sagt, daß bloße Reue die Enterbung nicht aufhebe, daß vielmehr eine wirkliche Versöhnung stattgefunden haben müsse.

Nachlaß überall, wo eine Anwendung derselben möglich wird, anerkennt [1]), so kann hier die sehr streitige Frage, ob die exheredatio bona mente durch das Novellenrecht aufgehoben sei oder nicht, gänzlich bei Seite gestellt werden [2]).

Besonderer Erwähnung wird der Enterbung in guter Absicht nur im Art. 31 der neuen Falliten-Ordnung gethan, und zwar, für den dort in Rede stehenden Fall, mit ausdrücklicher Ausdehnung auf die Erbgüter, welcher Umstand denn dieser Materie einen Platz im vorliegender Abhandlung anweist [3]).

In dem beregten Art. 31 heißt es nun, ein Fallit könne von seinen Erbgutspflichtigen in favorem der Kinder des ersteren, oder falls dieser unbeerbt sein sollte, in favorem seiner, des Testators, nächsten Blutsverwandten, auch vom Erbgute, jedoch nur bona mente, exheredirt werden.

Hiebei sind folgende Bemerkungen anzuknüpfen:

1) Der Fallit (oder die Fallitin) muß, falls sich die Enterbung nicht blos auf das wohlgewonnene Gut erstrecken soll, gerichtlich für insolvent erklärt

---

[1]) Vergl. Hier. Müller l. c. Stück 1, S. 92 und Gries l. c. II. S. 220.

[2]) Vergl. *Muhl:* exhered. bon. ment. fact. jur. noviori Romano non amplius admittendam esse. Frkf. 1800. Unterholzner im Arch. für civ. Praxis. II. S. 53. Francke l. c. S. 422 u. folg. Dagegen Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 391 u. folg.

[3]) Vergl. *J. Schulte:* de exhered. bona mente speciatim in bonis hereditariis ex jure Hamb. Goett. 1774 und Hasche l. c. VII. S. 196–207.

sein, es ist daher eben so wenig materielle Insolvenz hinreichend, als das Gesetz auf Jemanden, der unter der Hand mit seinen Gläubigern accordirt hat, Anwendung finden kann.

2) Aus den Umständen, unter welchen die Enterbung vorgenommen ist, muß, falls letztere als eine bona mente facta passiren soll, hervorgehen, daß der Fallit nicht blos der wohlwollenden Absicht des Testators nach, sondern in Wirklichkeit besser gestellt werde, als wenn er das Erbgut empfinge [4]), was denn nach den Umständen jedes einzelnen Falles nicht vom Falliten selbst [5]), sondern vom Richter zu be-

[4]) An dieses nothwendige Requisit jeder Enterbung in guter Absicht scheint Hasche l. c. VII. S. 199 nicht gedacht zu haben, wenn er die Bestimmung, daß die Enterbung eventualiter auch in favorem der anderweitigen Erben des Testators geschehen könne, deshalb „etwas seltsam" findet, weil nun zwar die Gläubiger nichts erhielten, der Fallit aber gleichfalls keinen Vortheil von der Enterbung habe. Allein es ist die Bestimmung der N.-F.-O., zu wessen Gunsten die Enterbung geschehen müsse, eine ganz singulaire, denn nach römischem Recht kann der Testator den Erbtheil, von dem er bona mente exheredirt, jedem beliebigen Dritten zuwenden, aber immer nur unter der Bedingung, daß diese Zuwendung, sie geschehe nun an wen sie wolle, zum Nutzen des Enterbten sei. Geschieht daher in unserem Falle die Enterbung des Falliten „in favorem seiner, des Testatoris, nächsten Erben" so ist dabei stillschweigende Bedingung, daß auch in diesem Falle der Fallit sich besser stehe, als wenn er seinen Erbtheil erhalten hätte, denn die bona mens soll ja nicht auf die anderen Erben, sondern auf den Falliten selbst gerichtet sein. Für letzteren muß also anderweitig, durch Aussetzung von Alimenten ꝛc. gesorgt sein.

[5]) Auf die Ansicht des Falliten, der wohl in der Regel lieber seine Erbportion nähme, kommt es natürlich bei der Beurtheilung der

urtheilen sein wird. Nun kann man zwar in sehr vielen Fällen sagen: der Fallit wird durch die Enterbung keinesweges besser gestellt, weil er den größten Nachtheil dadurch erleidet, daß ihm die Abtragung seiner Schulden erschwert wird, da er diese, falls er auf andere Weise wieder zu Vermögen gelangt, aus eigenen Mitteln (des Nachmahnungsrechtes wegen) bezahlen muß[6]), ja man könnte noch anführen, daß ihm auch dadurch selbst die Erwerbung des anderweitigen, zur Abtragung seiner Schulden nothwendigen Vermögens erschwert werde, weil, so lange er seine Schulden nicht bezahlt hat, sein Credit ein viel geringerer sein wird, als wenn er bereits durch Nachzahlung seines Fallissements seine redliche Gesinnung an den Tag gelegt hat. Allein ergiebt sich auch aus dem Ebengesagten, daß mit der Zulassung einer Enterbung des Falliten in guter Absicht äußerst behutsam umgegangen werden muß, weil sonst leicht die gute Absicht die allerschlechteste Wirkung für denselben haben kann, so ist doch auf der anderen Seite die Schlußfolgerung, daß die Enterbung stets dem Falliten nachtheilig sei, eine viel zu voreilige. Denn angenommen z. B. der Fallit befinde sich zur Zeit, wo der Testator stirbt, in

---

Zweckmäßigkeit der Enterbung niemals an, denn, wie Seneca (de benef. c. 28) sagt, non est spectandum, an doleat quis beneficio, sed an gaudere debeat. Vergl. *Schulte* l. c. §. 11.

6) Vergl. Francke l. c. S. 442, dagegen Mühlenbruch zu Glück XXXVII. S. 447 Note 80.

einem Zustande, der ihn und seine Familie jeden Augenblick dem Hungertode näher bringt, so wird man doch nicht sagen können, es sei ihm, falls er mit seinem Erbtheile seine Schulden bezahlen könne, mehr gedient, als wenn er blos hinreichende Alimente erhalte, weil er im ersteren Falle seine Schulden nicht vom späteren Verdienste abzutragen brauche. Denn es ist einleuchtend, daß dem, dessen augenblickliche Lage der Art ist, daß sie überhaupt jede spätere Vermögenserwerbung problematisch erscheinen läßt, mehr als mit Empfang seines Erbtheiles, mit einer Enterbung von demselben, unter Aussetzung hinreichender Alimente, gedient sein muß, weil an letztere seine Gläubiger, falls er wirklich bonis cedirt hat, keinen Anspruch machen können [7]. Wo dagegen die Enterbung nicht wirklich zum materiellen Nutzen [8] des Falliten gereicht, da kann sie nicht als eine bona mente vorgenommene gelten. Sie wird daher jedenfalls unzu-

[7] l. 6 D. de cess. bon. (42. 3).

[8] Ich sage materiellen Nutzen, denn vom moralischen Standpunkte aus, dürfte man sagen können: dem Falliten geschieht in allen Fällen eine größere Wohlthat, wenn er in den Stand gesetzt wird, seine Creditoren zu befriedigen, als wenn er, offenbar auf Kosten der letzteren, mit Alimenten versehen wird. Stärker tritt dies jedoch noch bei dem, im Art. 31 der N.-F.-O. sub No. 3, dem Falliten und zwar ausdrücklich „zum Nachtheil seiner *creditorum*" verstatteten Rechte, einer Erbschaft zu Gunsten seiner Kinder zu entsagen, hervor. Wie aber, wenn der Fallit ganz allgemein oder zu Gunsten eines anderen Erben entsagt, soll ihm dann das Recht der Abstention nicht zustehen? Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes leidet die Bejahung dieser Frage gar keinen Zweifel, [vergl. l. 6 pr. D. quae in fraud. (42. 8) und l. 28 pr. D. de V. S. (50. 16)], allein die N.-F.-O. verneint sie sub No. 4 ausdrücklich.

lässig sein, wenn dem Falliten nicht mindestens hinreichende Alimente ausgesetzt, oder wenn der ganze Erbtheil nicht blos zur Deckung aller Schulden hinreichend wäre, sondern dem Falliten noch außerdem eine mäßige Existenz gesichert hätte. Derselbe Fall ist denn auch dann vorhanden, wenn die Creditoren bereits auf ihr Nachmahnungsrecht verzichtet haben, wobei natürlich wieder die ganze Beurtheilung, ob die Enterbung eine bona mente facta sei oder nicht, von den Umständen zur Todesstunde des Testators und nicht von denen zur Zeit der Testamentserrichtung abhängig ist [9].

3) Wiewohl nun die exheredatio bona mente wie überhaupt, so auch in dem hier in Rede stehenden Falle, nach dem vor der Novelle 115 gültigen römischen Rechte im Allgemeinen zu beurtheilen ist [10], muß doch, obwohl nach letzterem die Anführung eines Enterbungsgrundes nicht erforderlich war, heut zu Tage die Angabe eines Grundes bei jeder Enterbung in guter Absicht verlangt werden und zwar nicht, wie bei der exheredatio puniendi causa, als formelles Requisit, sondern lediglich deshalb, weil die Angabe des Grundes einzig und allein die Beurtheilung der Absicht des Testators, daher die Unterscheidung der exheredatio bona mente von der gesetzwidrigen Präterition möglich macht [11].

---

[9]) Vergl. oben S. 109 Note 15.

[10]) Mühlenbruch l. c. III. §. 684 und zu Glück l. c. XXXVII. S. 459.

[11]) Vergl. *a Pufendorf* l. c. I. obsc. 192. §. 4 u. Glück l. c. VII.

4) Endlich bestimmt auch noch die Falliten-Ordnung ausdrücklich, daß, hinsichtlich der testirenden Wittwe, der Umstand, daß sie mit ihrem insolventen Kinde annoch in ungetheiltem Gute sitze, dieselbe in diesem Falle ausnahmsweise nicht hindern solle, das insolvente Kind auch von dem ihm gebührenden Antheile des väterlichen Nachlasses bona mente zu erherediren. Daß sie hiezu, hinsichtlich des ihr selbst vom Gesammtnachlasse, als portio statutaria, zukommenden Antheiles befugt ist, bedarf nicht der Erwähnung, denn wenn derselbe auch nur aus Vermögenstheilen bestehen sollte, die während der Ehe des verstorbenen Mannes Eigenthum waren, daher für sie völlig zu Erbgut werden [12]), so ist der vorliegende Fall ja gerade ein solcher, der eine bona mente exheredatio auch vom Erbgute zuläßt. Wenn aber das Gesetz hier nur der „Wittwe" Erwähnung thut, so erklärt sich dieser Umstand wohl am richtigsten dadurch, daß man den überlebenden Vater durch das Communionverhältniß mit seinen Kindern überall nicht als in seiner Testirungsbefugniß beschränkt betrachtete, daher das der Mutter verliehene Recht für ein dem Vater schon ipso jure zuständiges hielt [13]).

S. 263. Es ist daher eine praeteritio bona mente heut zu Tage nie zulässig.

[12]) Vergl. oben S. 45 in fine.

[13]) Vergl. Hasche l. c. VII. 3. S. 207 in fine. Ob diese Ansicht die richtige sei, ist, als in das Intestaterbrecht gehörig, hier nicht zu untersuchen.

§. 18.

B. Sind die zur Enterbung vom Erbgute berechtigenden Fälle analogisch auszudehnen?

Wenn diese Frage auch hinsichtlich der exheredatio puniendi causa, für die Enterbung von der legitima in dem Sinne zu bejahen ist, daß man da, wo die Worte des Gesetzes offenbar zu eng gefaßt sind, eine ausdehnende Interpretation zulassen muß, so kann sie dagegen bei der Enterbung vom Erbgute ohne Weiteres verneint werden. Unter den, nach Art. 29 und 32 h. t. zur Enterbung vom Pflichttheil berechtigenden Gründen sind nämlich einige, bei denen die gegentheilige Annahme unter Umständen zur größten Absurdität führen würde. Denn wenn es daselbst z. B. heißt: „item, so der Sohn mit der Stiefmutter oder die Tochter mit dem Stief-Vater unehrliche Lieb und Werk getrieben," so leidet es keinen Zweifel, daß dieselbe ratio legis auch alsdann vorhanden ist, wenn sich z. B. ein Enkel mit seiner noch jugendlichen Stief-Großmutter eingelassen hätte; es würde daher die Annahme, daß in diesem Falle die Enterbung unzulässig sei, keine geringere Widersinnigkeit zu Tage fördern, als wollte man aus den Worten Justinian's „si quis parentibus *manus* intulerit"[1]) die Folgerung ziehen, daß Fußtritte unpräjudicirlich seien[2]).

---

[1]) Novelle 115. Cap. 2. §. 1.

[2]) Vergl. Francke l. c. S. 412—414, der offenbar in der ganzen Streitfrage den richtigen Mittelweg gefunden. Auch Mühlen-

Dagegen ist das Feld derjenigen Vergehungen, die allein zu einer sich auch auf das Erbgut erstreckenden Enterbung berechtigen, ein so begrenztes, daß durch die Verstattung analoger Ausdehnung offenbar ganz neue Enterbungsgründe geschaffen würden. Nun ist es zwar nicht zu leugnen, daß es noch andere Delicte giebt, die ihrer Natur nach zum mindesten eben so gravirend sind, wie Entführung und Ehebruch. Denn wenn z. B. eine Tochter aus Hang zur Liederlichkeit eine Quaestuaria geworden ist, so wird sie nicht minder strafwürdig erscheinen, als die, welche sich heimlich verlobt, und darauf, vielleicht sogar gegen ihren Willen, entführt worden ist. Allein wollte man deshalb auch bei ersterer eine Enterbung vom Erbgute zulassen, so würde durch diese Willkührlichkeit am Ende jeder gesetzliche Haltpunkt verloren gehen[3]), denn ein unzüchtiger Lebenswandel gehört zu den Gründen, welche zur Enterbung vom Pflichttheil berechtigen und bei der Aufzählung dieser Gründe heißt es ausdrücklich: und mögen die Eltern ihre Kinder und Enkel in nachfolgenden Fällen von ihren wohlgewonnenen Gütern enterben.

---

bruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 182 u. 183 stimmt der obigen Ansicht im Allgemeinen bei. Weiter geht Bluntschli l. c. S. 230. Die ältere Literatur der Streitfrage findet sich bei Glück VII. S. 248 u. 249.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. sagt sehr richtig: Man versuche nur eine Ausdehnung auf nicht genannte Fälle und bemühe sich alsdann eine feste Grenze aufzufinden, über welche hinaus man nicht gehen dürfe. Ob man sie finden werde, ist gewiß sehr zu bezweifeln.

Wenn daher schon bei der Enterbung von der legitima, abgesehen von der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift [4]), die Aufzählung der Enterbungsgründe selbst, die sonst höchst überflüssig wäre, eine Vermehrung der letztern unzulässig macht, um wie viel mehr muß diese Regel auch bei der Enterbung vom Erbgute gelten, da hier noch das besondere Verhältniß der durch das ganze Recht der Erbgüter vorzugsweise begünstigten Intestatsuccession hinzukommt.

Was die exheredatio bona mente betrifft, so sind derselben zwar, hinsichtlich des wohlgewonnenen Gutes durchaus keine Grenzen gesteckt, hinsichtlich des Erbgutes muß sie dagegen an den einen, in der Falliten-Ordnung erwähnten Fall, der offenbar vom Gesetze als Ausnahme von der Regel hingestellt wird, gebunden sein, was auch von Gries [5]) und den beiden dort citirten niedergerichtlichen Erkenntnissen anerkannt wird. Warum man jedoch, offenbar inconsequent, eine Ausdehnung des Art. 31 der Falliten-Ordnung auf den gerichtlich erklärten Verschwender zulassen will, begreife ich um so weniger, als gerade bei ihm am wenigsten eine gleiche ratio legis gedacht werden kann. Denn dem Verschwender, der als solcher gerichtlich erklärt ward, ist die Verwaltung seines Vermögens entzogen, es kann ihm daher

---

[4]) Nov. 115. Cap. 3 pr.: „ut praeter eas *nemini* liceat ex *alia* lege ingratitudinis causam opponere nisi illas quae serie praesentis constitutionis continentur.“

[5]) l. c. II. Pag. 139.

weder die Erwerbung der Erbschaft schädlich, noch die Entziehung derselben nützlich sein.

§. 19.

C. Giebt eine Enterbung vom Erbgute dem Testator das Recht, über die dadurch ausfallende Erbgutsportion letztwillig zu verfügen?

Bei der Entziehung des Erbgutes durch einen Erbverzicht oder Abfindungsvertrag kann der Testator, wie bereits S. 109 u. 115 bemerkt worden, alsdann über die freigewordene Portion ungehindert letztwillig verfügen, wenn zur Zeit seines Todes keine nähere Erbgutsberechtigten in die Stelle der Renuntianten getreten sind. Dasselbe gilt denn auch für den Fall, wenn das Erbgut nach §. 13 jure retorsionis entzogen wird. Allein in beiden Fällen tritt diese Wirkung zu Folge einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ein, denn hinsichtlich der renuntiativen Erbverträge heißt es im Art. 10 h. t.:

> Wofern .... der nächste Erbe ... dasselbe .... bewilligen und vollborten würde, so soll solche testamentarische Verordnung oder Gabe stets bleiben.

und hinsichtlich des zuletzt erwähnten Falles heißt es in dem citirten Rath- und Bürgerschlusse, es solle alsdann den hiesigen Einwohnern gleichfalls verstattet sein

> sowohl von Erb- als wohlgewonnenen Gütern .... ohne jemandes Behinderung zu disponiren und dieselben denenjenigen,

welchen sie solche gönnen, zu legiren und zu vermachen [1]).

Es fragt sich daher nur noch, ob auch da, wo es an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung fehlt, nämlich bei den eigentlichen, entweder puniendi causa, oder bona mente vorgenommenen Enterbungen vom Erbgute, der Testator gleichfalls für berechtigt gehalten werden kann, über dasjenige Erbgut, das der also Enterbte ab intestato erhalten haben würde, auch dann zu Gunsten eines Nicht-Erbgutsberechtigten letztwillig zu verfügen, wenn noch andere Erbgutsberechtigte vorhanden sind.

I. Was zuerst die exheredatio puniendi causa betrifft, so will ich ein Beispiel hersetzen: A, welcher, neben 20,000 ℔ Erbgut und 10,000 ℔ wohlgewonnenem Vermögen, eine Ehefrau B und einen Brudersohn C hinterläßt, schließt erstere wegen Ehebruchs von ihrer Statutarportion aus. Es fragt sich nun: muß A, da die Statutarportion der B 15,000 ℔ betragen, mithin 5000 ℔ dem Erbgute entzogen haben würde, dessen ungeachtet dem C seine vollen 20,000 ℔ Erbgut hinterlassen, oder kann er, gleichmäßig wie über seine 10,000 ℔ wohlgewonnenes Vermögen, auch

1) Beiläufig mag hier bemerkt werden, daß die obige Bestimmung zu denjenigen gehört, die mehr sagen, als offenbar die Absicht der Gesetzgeber gewesen. Denn den Worten nach zu urtheilen, wäre denen, welche jure retorsionis vom Erbgute ausgeschlossen werden können, auch die legitima zu entziehen, was sicher eben so wenig, als eine solche Bestimmung „nach Maaßgebung der allgemeinen Kaiserlichen Rechte" hätte genannt werden können, der Sinn des ganzen Gesetzes ist.

über die 5000 ℔ Erbgut, die er der B entzogen, letztwillig verfügen?

Bei der Enterbung von der legitima versteht es sich von selbst, daß der Pflichttheil, der dem einen Pflichttheilsberechtigten durch Enterbung entzogen worden, die legitima der anderen nicht erhöht, was schon aus dem bekannten Satze folgt, daß jeder Enterbte, wenn es darauf ankommt, die Größe der legitima der übrigen Pflichttheilsberechtigten zu bestimmen, so angesehen wird, als ob er seine volle Intestatportion bekäme, welche Regel man durch „exheredatus partem facit ad minuendam legitimam" auszudrücken pflegt [1a]). Allein über sein wohlgewonnenes Vermögen kann auch jeder, soweit seine Testirungsbefugniß nicht durch Pflichttheilsberechtigte beschränkt ist, ungehindert auf den Todesfall verfügen. Fällt demnach der Anspruch des einen Pflichttheilsberechtigten durch die Enterbung hinweg, so ist auch in so weit die Beschränkung des an sich freien Dispositionsrechtes über wohlgewonnenes Gut hinweggefallen. Ein ganz anderes Verhältniß liegt aber bei einer Enterbung vom Erbgute vor. Hier bildet die freie Disposition auf den Todesfall nicht, wie beim wohlgewonnenen Gute, die, nur durch das Recht Anderer beschränkte Grundregel, das oberste Princip stellt vielmehr hier den, im §. 6 näher erörterten Satz auf, daß Erbgüter völlig der letztwilligen Disposition entzogen sein sollen, es wird

---

1a) Vergl. Glück l. c. VII. S. 125; Mühlenbruch daselbst XXXV. S. 260 u. Francke l. c. S. 212 in fine.

daher, was beim wohlgewonnenen Gute die Regel bildet, hier, in den Fällen, wo, wie oben gezeigt, ausdrückliche Gesetze eine gleiche Folge eintreten lassen, immer nur als Ausnahme erscheinen, und so umgekehrt. Kann mithin durch die Ausschließung der Ehebrecherin von der Statutarportion, oder die Enterbung der Entführten, weder der Testamentserbe zum Erbgutsberechtigten werden, noch das Erbgut dadurch, daß es den erstgenannten Personen entzogen wird, seine Qualität verändern und zu wohlgewonnenem Gute werden, so ist auch durchaus kein Grund vorhanden, hier, wo keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift das Gegentheil bestimmt, von der Grundregel, daß über Erbgut nicht letztwillig disponirt werden darf, abzuweichen. Es erlangt daher der Testator über diejenige Erbgutsportion, die er der Ehebrecherin oder der Entführten entziehen durfte, keineswegs ein letztwilliges Dispositionsrecht, sondern muß dieselbe, gleich seinem übrigen Erbgute, seinen anderweitigen Erbgutsberechtigten ab intestato hinterlassen[2]).

Ergiebt sich nun aus dieser Regel, daß durch die Enterbung des einen Erbgutsberechtigten stets die übrigen lucriren, so liegt die Frage sehr nahe: wie aber, wenn einer der übrigen Erbgutsberechtigten gerade zu demjenigen Delicte, wegen dessen die Ent-

---

[2]) Dies wäre mithin einer derjenigen Fälle, in denen auch nach topischem Rechte das jus accrescendi ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, und dazu in ganz eigenthümlicher Weise, in Anwendung kommt. Vergl. S. 10 in fine.

erbung geschah, der mitschuldige Theil war, d. h. wenn z. B. in dem oben angeführten Falle der C eben derjenige war, mit dem die B den Ehebruch, wegen dessen der A sie von der Statutarportion auszuschließen befugt ist, vollführte? Soll in diesem Falle der von beiden, sowohl von der B als dem C, beleidigte A in die trostlose Alternative versetzt sein, entweder der B die Statutarportion zu lassen, oder dem C, gleichsam als Belohnung für seine That, 5000 ℔ zukommen zu lassen?

Daß in einem solchen Einzelfalle eine consequente Durchführung des an sich gewiß richtigen Principes, durch welche man augenscheinlich das Recht in Unsinn und Wohlthat in Plage verkehren würde, unmöglich ist, leidet keinen Zweifel. Allein auf derartige, nur nach der Natur des einzelnen Falles zu entscheidende Conflicte wird man auch bei den für andere Rechtsmaterien längst als gültig anerkannten Principien stoßen, ohne deshalb die Richtigkeit derselben leugnen oder verlangen zu können, daß für einen jeden derartigen Einzelfall ausdrücklich eine Ausnahme statuirt werde. Dagegen wird die Grenze, die bei einer solchen durch die Natur der Sache gebotenen Abweichung von dem allgemeinen Principe nicht überschritten werden darf, leicht zu finden sein. Denn wenn auch der Richter z. B. im obigen Falle dem A verstatten muß, über die der B entzogene Erbgutsportion, die der Regel nach dem Erbgutsberechtigten C accresciren würde, letztwillig zu verfügen, so wird er doch die Befugniß des ersteren nicht so weit ausdehnen

dürfen, daß dieser nun auch dem C diejenige Erbgutsportion entziehen könne, welche diesem auch alsdann gebührt hätte, wenn der Ehebruch gar nicht begangen wäre. Denn hierdurch würde ein neuer Enterbungsgrund statuirt sein, den das Gesetz nicht kennt [3]), während doch nur in so weit eine Abweichung von der Regel zugegeben werden darf, als der C durch das von ihm mitbegangene Delict bereichert sein würde.

II. Anlangend die exheredatio bona mente, so hat zu ihr die hier in Rede stehende Frage natürlich nur eine sehr entfernte Beziehung, da ja der Regel nach die zum Vortheil des Erheredirten unternommene Enterbung entweder nur eine temporaria ist, oder doch zum mindesten dem, der den Erbtheil des Enterbten empfängt, die Verpflichtung auferlegt, letzteren zu alimentiren. Abgesehen hievon, wird man jedoch sagen können, daß hinsichtlich der Enterbung in guter Absicht die oben für die exheredatio puniendi causa aus dem Grundprincipe des ganzen Erbgüterrechts hergeleitete Regel gewisser Maßen von dem betreffenden Gesetze selbst anerkannt sei. Denn bei der bona mente vorgenommenen Enterbung vom wohlgewonnenen Gute kann die Zuwendung des durch dieselbe freigewordenen Erbtheils an jeden beliebigen Dritten [4]), bei derjenigen vom Erbgute muß sie da-

---

[3]) Vergl. oben S. 166.

[4]) Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 429 und 462 ist der Meinung, daß, falls der bona mente Enterbte Kinder habe,

gegen „in favorem des Falliten Kinder oder, falls dieser unbeerbt, in favorem seiner, des testatoris, nächsten Erben" geschehen [5]. Daß nun, da die letztgenannten Personen auch stets des Testators anderweitige nächste Erbgutsberechtigte sind, für den Fall, daß die Enterbung nicht zu Gunsten der Kinder des Falliten geschieht, durchaus keine Abweichung von der Regel vorliegt, ergiebt sich von selbst. Allein auch, wenn die Enterbung in favorem der Kinder des Falliten vorgenommen ist, wird in der Regel dasselbe Verhältniß und nur dann möglicher Weise eine Ausnahme eintreten, wenn schon der Fallit selbst zu den Intestaterben vierter Klasse gehörte, weil in dieser bekanntlich von einem Repräsentationsrecht nicht mehr die Rede ist [6].

---

diese stets vor dritten Personen zu berücksichtigen seien, allein er giebt zu, daß auch hier besondere Gründe eine entgegengesetzte Disposition rechtfertigen könnten. Es läßt sich jedoch hier, wie ich glaube, für die Enterbung vom wohlgewonnenen Gute gar keine Regel aufstellen, vielmehr wird es lediglich darauf ankommen, ob in jedem einzelnen Falle die Disposition, so wie sie getroffen ward, wirklich mehr als jede andere zum Vortheil des Enterbten ist oder nicht. Ist letzteres der Fall, so kann es durchaus nicht darauf ankommen, ob gerade die Kinder des Enterbten, oder ob eine dritte Person mit dem ausgefallenen Pflichttheil bedacht worden ist.

[5]) Siehe oben S. 159.

[6]) Vergl. Part. III. Tit. 3. Art. 16 u. Nov. 118. c. 3. §. 1.

§. 20.

Schlußbemerkungen.

Nachdem im Bisherigen alles direct auf das Thema dieser Arbeit Bezügliche erörtert worden, mögen hier andeutungsweise noch einige Punkte hervorgehoben werden, die, wiewohl sie nicht eigentlich die gestellte Aufgabe berühren, doch in entfernterer Beziehung zu derselben stehen. Dahin gehört:

I. Was noch die zuletzt erörterte Materie betrifft, die zur Lehre von der Exheredation überhaupt gehörende, nicht aber die Enterbung von Erbgut speciell berührende Controverse, ob auch in einem mit einem Dritten abgeschlossenen Erbvertrage eine Enterbung vorgenommen werden könne [1]. Daß diese Frage zu verneinen, ergiebt sich wohl hinlänglich aus der, bereits oben in Bezug auf nachgeborene und aufgerückte Erbgutsberechtigte angewandten Regel [2], daß, wie durch Verträge überhaupt [3], so auch durch Erbverträge Rechte dritter Personen, wenn auch unter

---

[1] Vergl. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 98; Mittermaier l. c. §. 454. No. XIV; Beseler l. c. II. S. 303 in fine. A. M. ist dagegen *J. H. Mayer:* An et quatenus principia jur. Rom. de success. necess. etiam ad pacta hered. applicari possint. Goett. 1805. S. 21.

[2] Vergl. die S. 110 Note 19 aus der Langenbeck'schen Glosse citirte Stelle.

[3] l. 27. §. 2 in fine. D. de pact. (2. 14.) l. 74 D. de reg. jur (50. 17.)

Umständen geschaffen[4]), doch in keinem Falle genommen werden können.

Wenn daher nach römischem Rechte jede Enterbung, nicht minder als jede Erbeinsetzung, an ein formelles Testament gebunden ist[5]), so kann für unsere Rechtsverhältnisse auch nur in so weit eine Abweichung von dieser Regel angenommen werden, als letztere (die Erbeseinsetzung) auch vermittelst eines Erbvertrages geschehen kann, während erstere (die Enterbung) dagegen nur in einer einseitigen letztwilligen Disposition, folglich auch nicht in einem reziproken Testamente, das, wie oben gezeigt, seiner Natur nach als Erbvertrag betrachtet werden muß[6]), vorgenommen werden kann. Es bleibt daher um auch in einem Erbvertrage mindestens die Wirkung einer einseitigen Enterbung zu effectuiren, kein anderes Mittel übrig, als die auszuschließenden Personen selbstständig, wie in dem in §. 11 erörterten Falle, dem Vertrage beitreten zu lassen, d. h. sie zur Verzichtleistung auf ihre Erbguts- oder Pflichttheilsberechtigung zu bewegen.

Was ferner die Frage betrifft, ob eine Enterbung, deren Grund bei Errichtung des Testaments noch nicht vorhanden, auch für den Fall geschehen könne, daß dieser Enterbungsgrund späterhin eintreten

---

[4]) Über diese Abweichung des heutigen Rechtes von dem Grundprincipe des römischen vergl. ausführlich Beseler l. c. II. S. 72 bis 83.

[5]) §. 2 J. de codicil. (2. 25) l. 2 C. eod. (6. 36.)

[6]) Siehe S. 130.

sollte, so ist die Bejahung derselben wohl keinem Zweifel unterworfen, sobald man sie nur von der Controverse, ob die zu einer Enterbung nothwendigen formellen Requisite des älteren Civilrechtes durch die Novelle 115 aufgehoben seien oder nicht, als unabhängig betrachtet, wie dies z. B. auch Mühlenbruch thut, der zwar die bis dahin gültig gewesenen juristischen Regeln über die Bedingungen einer zu Recht beständigen Enterbung durch die Novelle 115 für nicht abgeschafft erklärt [7]), dennoch aber zugiebt, daß heut zu Tage die Enterbungsursache für jeden Notherben auch bedingt ausgedrückt werden könne [8]). Letzteres folgt denn auch nothwendig aus der Annahme, daß Justinian den Grundsatz des prätorischen Rechtes, nach welchem lediglich die Todesstunde des Testators über die Gültigkeit seiner letztwilligen Disposition entscheidet, als Grundlage des durch die Novelle 115 eingeführten Rechtes betrachtet habe [9]). Nach dieser Annahme wird es denn auch in den meisten Fällen völlig auf eins herauskommen, ob Jemand aus einem gesetzlichen, jedoch zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht existirenden Grunde geradezu oder bedingungsweise, d. h. für den Fall, daß der Grund später, jedoch noch bei Lebzeiten des Testators eintreten sollte, enterbt ist. Denn in

---

[7]) Vergl. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 226 u. flg. A. M. ist dagegen Francke l. c. S. 401 u. flg.

[8]) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 233 Note 42 u. S. 239 Note 51 in fine.

[9]) Vergl. oben S. 109 Note 15 u. S. 156.

beiden Fällen kommt es lediglich darauf an, ob die im Testament angegebene Ursache zur Todeszeit des Testators vorhanden ist, oder nicht, da im ersteren Falle auch diejenige Enterbung, welche bei Errichtung des Testaments deshalb, weil der angegebene Enterbungsgrund nicht existirte, eine ungültige war, dadurch, daß dieser Grund noch vor dem Tode des Testators existent geworden, als convalescirt zu betrachten ist, im letzteren Falle dagegen diejenige Enterbung, deren Bedingung beim Tode des Testators noch unentschieden schwebt, pro non scripta gelten muß, da ja die entgegengesetzte Annahme das gleich mit dem Tode des Testators existent gewordene Erwerbsrecht des Notherben so lange hinausschieben würde, bis die Unmöglichkeit vorhanden wäre, daß die Bedingung noch ferner eintreffen könnte [10]). Hat daher z. B. eine Ehefrau in der Zeit zwischen der

---

[10]) Dies folgt auch schon aus der Vorschrift der l. 32 C. de inoff. test. (3. 28), daß das Pflichttheilsrecht nicht durch hinzugefügte Bedingungen beschränkt werden dürfe, was offenbar der Fall wäre, sollte das Erwerbsrecht des Notherben so lange hinausgeschoben werden, bis die Bedingung, daß das zur Enterbung berechtigende Delict nicht begangen werde, als erfüllt zu betrachten wäre. Hat also, um bei den Enterbungen vom Erbgut stehen zu bleiben, z. B. ein Vater seine Tochter für den Fall exheredirt, daß sie sich entführen lassen sollte, so ist dies allerdings bis zum Tode des Vaters als eine ganz zulässige bedingungsweise Enterbung zu betrachten. Hat sich aber beim Tode des Vaters die Tochter noch nicht entführen lassen, so muß erstere hinsichtlich ihrer Erbguts- und Pflichttheilsberechtigung als nicht enterbt gelten, da die Bedingung, daß sie sich auch fernerhin nicht entführen lasse, nach der oben citirten Coderstelle pro non scripta angesehen wird. Vergl. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 36.

Testamentserrichtung und dem Tode ihres Mannes einen Ehebruch begangen, so ist es einerlei, ob letzterer in seinem Testamente gesagt hat: ich enterbe meine Ehefrau von ihrer Statutarportion, weil sie einen Ehebruch begangen hat, oder ob es im Testamente heißt: ich enterbe sie für den Fall, daß sie einen Ehebruch begehen sollte. Allein für einen einzelnen Fall läßt sich doch eine Verschiedenheit der Folgen denken. Denn da ein postumus unmöglich schon etwas peccirt haben kann, so kann auch aus dem einfachen Grunde, daß eine Enterbungsursache für ihn nicht vorhanden ist, von einer directen Enterbung desselben nicht die Rede sein, weshalb denn auch eine derartige Enterbung nicht füglich dadurch aufrecht gehalten werden könnte, daß die angegebene Ursache wirklich zur Todeszeit des Testators vorhanden ist. Allein gegen eine bedingungsweise, d. h. auf den Fall, daß sich der postumus in der Zeit von seiner Geburt bis zum Tode des Testators das benannte Verbrechen zu Schulden kommen ließe, vorgenommene Enterbung wird schwerlich etwas einzuwenden sein [11]).

So viel über diese rein römischrechtliche Frage, deren nähere Ausführung hier natürlich eben so wenig als

[11]) Vergl. Mühlenbruch zu Glück l. c. XXXVII. S. 354. Daß der postumus auch nach unserem topischen Rechte nur dasjenige Testament, in welchem er präterirt worden, rumpiren könne, ist bereits oben (S. 127 Note 4) bemerkt worden. Dagegen ist die hier berührte Frage, ob auch auf den postumus die Vorschriften der Novelle 115 zu beziehen, oder ob für ersteren das alte Recht unverändert stehen geblieben, eine sehr streitige. Vergl. Glück l. c. VII. S. 372.

eine erschöpfende Behandlung der Lehre von der Enterbung überhaupt erwartet werden darf. In weit näherer Beziehung zu dem hier im Auge zu behaltenden Thema steht dagegen

II. Die Frage nach dem, nach dem Tode des Testators hinsichtlich der nachgelassenen Erbgüter eintretenden Rechtsverhältnisse, die, so weit eine Beantwortung derselben nicht schon im Bisherigen, z. B. in der mehrfachen Erörterung über die Vertheilung der Beweislast, enthalten ist, hier noch durch folgende allgemeine Bemerkungen, denen dem Titel zu Folge nicht füglich ein besonderes Capitel eingeräumt werden konnte, ihre Erledigung finden mag.

1) Anlangend zuvörderst das Verhältniß der Erbgutsberechtigten zum Gläubiger der Masse [12]), so hat letzterer natürlich seine Forderung gegen den ganzen Nachlaß, einerlei ob die Erben denselben ab intestato oder per testamentum erhalten [13]). Hat nun der Erblasser über sein wohlgewonnenes Gut testirt, ist daher die doppelte Erbfolge in's Leben getreten, so ist dadurch die Stellung des Erbschaftsgläubigers, der sich an jeden titulo universali bedachten Erben zu halten berechtigt ist, durchaus nicht verändert, er kann daher eben so wohl seine Forderung gegen den Erbgutsberechtigten als gegen den Testamentserben einklagen. Hat ersterer nun aber die Schuld berichtigt, so ist dadurch sein Erbgutsanspruch um eben so viel, als die Forderung des Erbschaftsgläubigers betrug,

---

[12]) Vergl. Gries l. c. II. S. 156.

[13]) Vergl. Heise und Cropp l. c. II. S. 503.

erhöht worden, da, wie oben gezeigt, durch jede Veräußerung von Erbgut, die, falls kein Erbgut vorhanden wäre, vom wohlgewonnenen Gute hätte geschehen müssen, ein gleiches Quantum des wohlgewonnenen Gutes zu Erbgut wird [14]. Aus diesem Principe ergiebt sich denn die natürliche Folgerung, daß alle Schulden des Nachlasses so lange vom wohlgewonnenen Gute zu berichtigen sind, als dieses hinreicht und erst eventualiter vom Erbgut [15]. Ob jedoch der Erbgutsberechtigte gleich dem Testamentserben verbunden ist, für die Schulden des insolventen Nachlasses, falls er denselben nicht cum beneficio angetreten, ex propriis zu haften, könnte fraglich erscheinen, da er ja in Bezug auf den Theil des Nachlasses, der aus Erbgut besteht, völlig als Intestaterbe dasteht [16], folglich auch mit den Rechten eines solchen, alle Pflichten desselben zu übernehmen hat. Allein der Erbgutsberechtigte steht ja, wo er nicht Intestaterbe des ganzen Nachlasses ist, als solcher nur alsdann überhaupt in einem Verhältnisse zur Verlassenschaft, wenn Erbgut vorhanden ist. Ergiebt sich daher die Insolvenz des Nachlasses, so kann der Erbgutsberechtigte, obwohl er, falls er als Intestaterbe zum ganzen Nachlasse gerufen gewesen wäre, natürlich bei Versäumung der Beneficialantretung ex propriis gehaftet hätte, doch in diesem entgegengesetzten Falle, wo er nur soweit Intestaterbe ist, als seine Erb-

---

14) Siehe S. 57.
15) Vergl. Pauli l. c. III. S. 148 u. 334.
16) Siehe oben S. 76.

gutsberechtigung reicht, niemals ex propriis haften, da er, weil sich aus der Insolvenz des Nachlasses von selbst ergiebt, daß kein Erbgut, daher auch keine Erbgutsberechtigung existirt, in gar keinem rechtlichen Verhältnisse zum Nachlasse steht.

2) Was die Klagen der Erbgutsberechtigten auf Herausgabe des Erbgutes betrifft[17]), so wird dieselbe, je nachdem das Verhältniß des einzelnen Falles oder der Anspruch der Kläger beschaffen ist, eine verschiedene sein. Wenn nämlich weder das Erbgut aus bestimmten körperlichen Gegenständen besteht, noch die Klage auf eine bestimmte Summe Geldes, vielmehr auf Herausgabe entweder des ganzen Nachlasses, weil dieser, der klägerischen Behauptung nach, nur aus Erbgut besteht, oder eines intellectuellen Theiles desselben gerichtet ist, so wird die angestellte Klage als hereditatis petitio zu betrachten sein. Denn daß letztere nicht blos vom heres im römischen Sinne, sondern von jedem, der diesem heut zu Tage rechtlich gleich geachtet werden muß[18]), angestellt werden kann, ist anerkannt. Dies muß aber um so mehr vom Erben im deutschrechtlichen Sinne gelten, weil bei uns sonst in keinem Falle von einer hereditatis petitio die Rede sein könnte, da nach dem, vom topischen Rechte festgehaltenen Principe, jeder testamentarische wie In-

---

[17]) Vergl. Klefeker l. c. IV. S. 411 u. 412 und das bei Gries l. c. II. S. 156 Note *) angeführte O.-A.-ger. Erk.

[18]) Dahin gehört z. B. der Vertragserbe. Vergl. Eichhorn l. c. S. 830, Beseler l. c. II. S. 291 und Glück l. c. VII. S. 498 in fine.

testaterbe nie als römischer heres, sondern immer nur als Erbe im deutschrechtlichen Sinne anzusehen ist [19]). Wollen daher die Erbgutsberechtigten, sie mögen nun ihre Klage gegen den Testaments-Executor [20]), oder in Ermangelung eines solchen gegen den Testaments-Erben selbst anzustellen denken, ihr petitum entweder auf die ganze Verlassenschaft, oder auf einen intellectuellen Theil derselben, d. h. entweder auf diejenige Quote, welche der Testator in seinem Testament als Erbgut bezeichnet habe, oder auf eine von ihnen selbst bestimmte certa pars, also auf die Hälfte, ein Drittheil rc. des Nachlasses richten, so müssen sie sich der hereditatis petitio bedienen. Dagegen kann von letzterer nie die Rede sein, sobald die Klage auf Herausgabe bestimmter körperlicher Gegenstände, aus denen das Erbgut besteht, oder auf eine von den Klägern als Erbgut bezeichnete und namentlich angegebene Summe gerichtet wird, denn im ersteren Falle wird die Klage eine reine vindicatio sein, im letzteren dagegen nur allgemein als eine condictio certi bezeichnet werden können [21]).

3) Endlich mag hier noch in der Kürze der Frage gedacht werden: was muß sich ein Erbgutsberechtigter in seine Erbgutsportion einrechnen lassen? Daß sich diese Frage eben so wenig auf den Fall, wenn der Erblasser ohne Testament verstirbt, als darauf bezieht, was die Erbgutsberechtigten unter sich

---

19) Siehe oben S. 6.

20) Vergl. Pauli l. c. III. S. 331 Note 305.

21) Vergl. das oben Note 16 citirte Erkenntniß.

zu conferiren haben, versteht sich wohl von selbst. Denn daß auch im letzteren Falle völlig die bei der Intestatsuccession eintretenden Grundsätze der Collation[22]) in Anwendung kommen, ergiebt sich einerseits aus dem Umstande, daß ja die Erbgutsberechtigten, auch wenn der Erblasser über sein wohlgewonnenes Gut testirt hat, unter sich stets im Verhältniß von Intestaterben zu einander stehen, andererseits aus den schon erwähnten Schlußworten des Art. 14 des Recesses von 1603, wo es ausdrücklich heißt, daß Erbgutsberechtigte dasjenige, was sich bei Lebzeiten des Erblassers von diesem an Erbgut empfangen, in der erffdehlinge entbehren sollen[23]). Dagegen geben weder die älteren Stadtrechte und Recesse, noch das neueste Statut irgend eine Antwort auf die hier in Betracht kommende Frage: was kann der Testamentserbe den Erbgutsberechtigten von dem, was diese inter vivos vom Testator empfangen haben, in ihre Erbgutsportion einrechnen? Kann daher diese Frage nur auf dem Wege logischer Schlußfolgerungen beantwortet werden, so mögte dies etwa auf folgende Weise geschehen können: Es ergiebt sich, wie schon oben gezeigt, aus dem S. 57 festgestellten Grundsatze, daß alle Veräußerungen, die ein Besitzer von Erb- und wohlgewonnenem Gute bei seinen Lebzeiten vornimmt, zuvörderst als von letzterem bestritten angesehen werden, daß daher alle nothwendigen Aus-

22) Siehe: Part. III. Tit. 4.
23) Vergl. oben S. 57.

gaben, auch wenn sie wirklich vom Erbgut geschehen wären, immer nur so angesehen werden, als seien sie vom wohlgewonnenen Gute, weil dieses nur auf Kosten des Erbgutes nicht vermindert worden, bestritten. Alles was daher ein Erbgutsberechtiger bei Lebzeiten des Testators erhalten hat, ist ihm, sobald dies für letzteren eine nothwendige Gabe war, selbst dann nicht vom Testamentserben in die Erbgutsportion einzurechnen, wenn der Testator dies ausdrücklich bei Ertheilung der Gabe als Bedingung hinzugefügt hätte, weil letzterer durch diese nothwendige und wegen ihrer Nothwendigkeit vom wohlgewonnenen Gute zu bestreitende Gabe gar nicht die Befugniß erhielt, die erst nach seinem Tode existent werdende Erbgutsberechtigung des Empfängers zu schmälern. Welche Gaben aber als nothwendige anzusehen, ergiebt sich aus Part. III. Tit. 3. Art. 3 und 5, wo „Heirathsgut und Aussteuer" (dos und donatio propter nuptias) als solche Gaben bezeichnet werden, die Eltern ihren Kindern zu geben schuldig (Art. 3) und verpflichtet (Art. 5) sein sollen [24]. Ferner ist Alles, was nach

---

[24]) Vergl. Gries l. c. II. S. 249. Doch muß die Verheirathung mit Genehmigung der Eltern geschehen sein, denn im entgegengesetzten Falle kann die Dotation zufolge Part. II. Tit. 2 Art. 3 nur bei denjenigen Kindern, die das 25ste Lebensjahr erreicht haben, als nothwendige Gabe betrachtet werden. Vergl. v. d. Fecht ad Thes. I. S. 929; Heise und Cropp l. c. II. S. 571 Note 245 und Gries l. c. II. S. 7. Beiläufig mag hier noch bemerkt werden, daß die Worte des obencitirten Art. 3 „auf den Fall soll dem Vater freistehen... ihnen... auch im Testament, über die *legitimam*, nichts zu verordnen" unmöglich so verstanden werden können, als dürfe der Vater solchen Falls das

Part. III. Tit. 4. Art. 4 nicht der Collation unterworfen ist, zufolge Art. 5, wo, als Gegensatz zu diesem, gewisse „unnöthige und überflüssige" Kosten genannt werden, zu den nothwendigen Gaben der Eltern an ihre Kinder zu zählen[25]), so wie endlich auch noch dasjenige, was, wiewohl es nicht an sich als nothwendige Gabe zu betrachten, doch gerade zu dem Zwecke gegeben ward, um damit eine andere Ausgabe zu bestreiten, die zu den nothwendigen gehört haben würde[26]).

Es darf demnach der Testamentserbe den erbgutsberechtigten Kindern des Testators ihre dos

---

Kind zwar nicht von der legitima wohl aber vom Erbgut exheredbefore. Denn überall betrachtet unser topisches Recht die Entziehung der legitima als die geringere, die des Erbguts aber als die schwerere Strafe, weshalb denn wohl erstere, ohne letztere (Art. 29 h. t.) erlaubt ist, dagegen die Befugniß vom Erbgut zu exherediren die Erlaubniß, die legitima zu entziehen, von selbst in sich faßt. Es ist daher ganz richtig, wenn v. d. Fecht a. a. O. bemerkt: sed *bona hereditaria* liberis relinquenda sunt. Daß aber, hievon abgesehen, die ganze Bestimmung, daß der Vater in solchem Falle das Kind auf die legitima setzen könne, eine sehr überflüssige ist, fühlt auch v. d. Fecht, wenn er hinzufügt: „Aber das können sie auch wohl den gehorsamen Kindern thun!"

[25]) Hierbei ist es für unsere Frage natürlich einerlei, ob der Vater diese Ausgabe „in sein Buch geschrieben" hat oder nicht. Denn hier kommt es nur darauf an, ob die Gabe eine nothwendige ist oder nicht. Ist ersteres der Fall, so kann der Vater hinsichtlich ihrer wohl die Collation, falls diese nicht den Pflichttheil schmälert, vorschreiben, nicht aber verordnen, daß solche nothwendige Gabe dem Kinde von seinem Erbgutsportion abgezogen werde.

[26]) z. B. der Vater macht seinem Sohne ein Geburtstags-Geschenk von 100 ℛ︎ℳ︎. Dies wäre an sich keine nothwendige Gabe, wird jedoch zu einer solchen, sobald mit dem Geschenke die Bedingung verbunden wäre, damit gewisse Studienkosten zu decken.

und donatio propter nuptias sammt allen nach Part. III. Tit. 4. Art. 4 nicht der Collation unterworfenen Gaben selbst dann nicht auf ihren Erbgutsantheil abrechnen, wenn der Testator dies ausdrücklich bei Ertheilung derselben zur Bedingung gemacht hätte, im Übrigen aber nur diejenigen Geschenke, denen bei der Ertheilung ausdrücklich diese Bedingung beigefügt worden [27]), sofern sie nicht, dem Resultate nach, wiederum als nothwendige Gaben zu betrachten sind. Hinsichtlich aller anderen Erbgutsberechtigten gilt dieselbe Regel, nur mit der Ausnahme, daß ihnen auch diejenigen Gaben, die nur den Kindern des Testators gegenüber als nothwendige erscheinen, alsdann in das Erbgut eingerechnet werden können, wenn die Gabe nur unter dieser ausdrücklichen Bedingung ertheilt ward.

Hiebei versteht es sich jedoch von selbst, daß, wenn der Erbgutsberechtigte zugleich Pflichttheilsberechtigter ist, jede auch an sich zulässige Einrechnung in die Erbgutsportion alsdann wegfallen muß, wenn der Betrag derselben bereits, als der Einrechnung in die legitima unterliegend [28]), von dieser abgezogen ward. Hieraus folgt denn, daß bei dem, der sowohl erbguts- als pflichttheilsberechtigt ist, nur dann von einer Einrechnung in die Erbgutsportion die Rede sein kann, wenn er hinsichtlich der legitima exheredirt worden.

---

[27]) Vergl. l. 35 §. C. de inoff. test. (3 28.)

[28]) l. 29 C. de inoff. test. (3. 28) l. 35 §. 2 eod. l. 25 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Vergl. auch Francke l. c. S. 226—243.

Verbesserungen.

Seite 2, Zeile 1 v. o. statt gebrach lies gebracht.
" 6, " 3 v. u. — VII — VII, 3.
" 12, " 3 v. u. — ist die Erstreckung lies ist z. B. auch die Erstreckung.
" 29, " 2 v. u. — VII lies VII, 3.
" 35, " 7 v. u. — ganze lies ganz.
" 38, " 7 v. o. — des legitima lies der legitima
" 40, " 13 v. u. — durchgehende — durchgehenden.
" 41, " 14 v. o. — daß — das.
" 50, " 2 v. u. — metrimonii — matrimonii.
" 53, " 14 v. u. — entstandene — erstandene.
" 55, " 9 v. o. — sein — seien.
" 58, " 11 v. o. — Ascendenten — Afcendenten.
" 58, " 13 v. o. — zu — zum.
" 62, " 15 v. u. — ans — aus
" 68, " 5 v. u. — denn s. z. — den s. g.
" 69, " 9 v. o. — ist nach „erklärt werden" das Wort findet, ausgefallen.
" 81, " 8 v. o. — Reffen lies Neffen.
" 93, " 6 v. o. — welche — welchen.
" 93, " 13 v. u. — dem — den.
" 95, " 13 v. o. — Präsumption lies Präsumtion.
" 106, " 4 v. u. — Erbverzichte — Erbverzichten.
" 121, " 6 v. o. — eine Partei, die andere lies eine Partei die andere.
" 122, " 18 v. o. — anznweuden lies anzuwenden.
" 131, " 10 v. o. — Paciscenten — Pacifcenten.
" 134, " 1 v. u. — als lies wie.
" 150, " 4 v. o. — fehlt nach dem Worte „Remission" ein Komma.
" 155, " 5 v. o. — eigentlichen inere lies eigentliche innere.
" 160, " 14 v. o. — VII — VII, 3.

Mehr ist nicht erschienen.

Hutm.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dreves, Leberecht,

Abhandlungen aus dem Hamburgischen Erbrechte

Bd.: 1

Hamburg 1844

J.germ. 40 y-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550928-4